# Der bindende rechtswidrige Befehl im Militärrecht Deutschlands, der Schweiz, Italiens und der Tschechoslowakei

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Kurt Simmerlein**
Gerichtsreferendar
aus Nürnberg

Approbiert am 3. 7. 1937.

1937

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr.

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler

In Dankbarkeit
meinem lieben Vater!

# Aufbau der Arbeit

---

# Schrifttum.

A. Abhandlungen, Gesetzestexte, Kommentare und Lehrbücher, die sich mit dem bindenden rechtswidrigen Befehl in Deutschland beschäftigen.


Allfeld: Lehrbuch des Deutsch. Strafrechts, Leipzig, Erlangen, 1922, 1928

von Ammon: Der bindende rechtswidrige Befehl, Breslau 1926

Armbruster: Grundfragen des Rechts und ihre praktische Bedeutsamkeit München 1932

Battenberg: Das auf Befehl begangene Verbrechen, Breslau 1916

Buchmann: Ist der Staatsbeamte verpflichtet rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen, Breslau 1909

von Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbes. nach Militärstrafrecht, München 1891

Cron: Die Grenzen des Militärischen Gehorsams, Erlangen 1933

Dalcke: Strafrecht und Strafprozeß, Berlin 1936

Dietz: Die Disziplinarstrafordnung für das Heer, Rastatt 1917

Dietz: Handwörterbuch des Militärrechts, Rastatt 1912

Doerfel: Die Gehorsamspflicht des Beamten gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen, Greifswald 1913.

Dohna, Graf zu: Recht und Irrtum, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, Berlin 1933

Engisch: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts

Eulambio: Der rechtswidrige Befehl und der Widerstand gegen die Staatsgewalt, insbesondere nach dem § 113 des Reichsstrafgesetzbuches, Heidelberg 1914

Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit, Jena 1905

von Francois: Gehorsam und Verantwortungspflicht, Berlin 1933

Funse: Militärstrafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Juni 1926, Berlin 1928.

Giehler: Das Prüfungsrecht des Staatsbeamten gegenüber Dienstbefehlen seines Vorgesetzten, Breslau 1912.

Gonnersbach: Die Gehorsamspflicht der deutschen Reichs- und preussischen Staatsbeamten, Greifswald 1913.

Grebe: Die wichtigsten Sonderbestimmungen des Militärstrafgesetzbuches, München 1928.

Herzbruch: Entwurf eines deutschen Militärstrafgesetzbuches, Marburg 1933

Kiewitz: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten in seiner Bedeutung für den Staatsbeamten und für den Soldaten, Breslau 1916

Kleinfaller: Allgem. Teil des Strafrechts Darst. 1, 283
Köhler: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917
Köhler: Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, München 1904
Köhler: Der Notstand im künftigen Strafrecht, Erlangen 1926
Koellreutter: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1936
Koellreutter: Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1936
Koppmann: Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, München 1903
Krantz: Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten und des Soldaten gegenüber gesetzwidrigen Befehlen und die zivilrechtliche Haftung bei Ausführung solcher Befehle, Halle 1913
Lauerer: Der Mißbrauch der Dienstgewalt nach deutschem Militärstrafrecht, München 1908
Lewin: Die staats- und strafrechtliche Behandlung des rechtswidrigen Befehls im Beamten-, Seemanns- und Militärrechte, Greifswald 1913
Lewkowitz: Die Verpflichtung des Staatsbeamten rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen, Breslau 1911
Liste: Die Gehorsamspflicht des Beamten, Heidelberg 1909
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1927
Lorenz und Haeger: Neueres Militärstrafrecht, Berlin 1917
Lux: Schulung für die juristische Praxis, Abschnitt Kriegsgericht, Berlin und München 1936
Mayer Hellmuth: Der bindende Befehl im Strafrecht, Tübingen 1930
Mayer Hellmuth: Zuchtgewalt und Strafrechtspflege, Leipzig 1922
Mayer Max Ernst: Deutsches Militärstrafrecht, Leipzig 1907
Mayer M. E.: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, Festschrift für Laband, Tübingen 1908
Mayer M. E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915
Mayer Otto: Verwaltungsrecht, 1927
Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig und Wien 1923
Merzbacher: Die Bedeutung des rechtswidrigen Befehls für den Beamten und für den Soldaten in strafrechtlicher Beziehung, Heidelberg 1918
Mezger: Strafrecht München 1933
Militärstrafgesetzbuch, erläutert von Martin Rittau, 1935
Militärstrafgesetzbuch: Zur Neugestaltung des in: Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1936
von Nathusius: Die Gehorsamspflicht gegenüber dem rechtswidrigen Befehl für den Staatsbeamten im deutschen Kaiserreich, für den deutschen Soldaten vor dem 9. November 1918, Greifswald 1919
v. Nostiz-Wallwitz: Das militärische Delikt des Ungehorsams, Leipzig 1906.

Penkert: Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten gegen rechtswidriger Befehle Vorgesetzter und seine aus ihrer Ausführung entstehende Haftung Dritten gegenüber, Greifswald 1911.
Pfundner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht, Berlin, seit 1933 fortlaufend
Pütz: Inwieweit bildet für den Staatsbeamten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehormsamspflicht, Leipzig 1912
Rathke: Täterschaft und Teilnahme bei auf militärischen Befehl begangenen Verbrechen, Marburg 1931
Romen-Rissom: Militärstrafgesetzbuch, Berlin 1918
Rotermund: Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Hannover 1911
Rotermund: Disziplinarstrafordnung für das Reichsheer, Berlin 1934
Schneider: Inwieweit bildet für den Staatsbeamten und inwieweit für den Soldaten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehorsamspflicht, Heidelberg 1911
Schönfeld: Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und militärischen Delikten in strafrechtlicher und prozeßualer Beziehung, Breslau 1911
Schwinge: Militärstrafgesetzbuch, Berlin 1936
Staaf: Der Umfang der Gehorsamspflicht bei den Reichsbeamten, Greifswald 1919
Strafrecht: Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines allgemeinen deutschen –, Berlin 1936
Sülflow: Der Befehl im Strafrecht, Heidelberg 1910
Tiessen: Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls in Staats- und Militärdienst (unter Berücksichtigung des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch), Königsberg 1911
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914
Walde: Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipzig 1917
Weber: Internationale Strafgerichtsbarkeit, Berlin-Bonn 1934
Wehrstrafrecht und allgemeines Strafrecht in: Beiträge zur Rechtserneuerung, herausgegeben von Staatssekretär Freisler, Heft 2 Berlin
Welger: Pflichtenkollisionen im Strafrecht, Erlangen 1934

B. Abhandlungen, Gesetzestexte, Kommentare und Lehrbücher, die sich mit dem bindenden rechtswidrigen Befehl im Ausland beschäftigen.

Bunge: Italienischer Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch, Berlin 1928
Bunge: Das italienische Strafgesetzbuch v. 9. 10. 1930, Berlin 1933
Celentano: Manuale della giustizia penale militare, Napoli 1917

Engster: Die persönliche und sachliche Zuständigkeit der schweizerischen Militärgerichte, Rastatt 1913
Eberle: Der militärische Befehl als Schuldausschließungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht, Bern 1930
Feiß: Das Wehrwesen der Schweiz, Zürich 1914–15
Feldmann: Rechtmäßige Handlungen im Sinne des Art. 25 des schweizerischen Strafgesetzbuches, Aarau 1916
Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Berlin 1926
Kaegi: Der Waffengebrauch des Militärs in der Schweiz mit Berücksichtigung des deutschen Militärstrafrechts, Rastatt 1913
Kind: Hinderung des Militärdienstes und Aufreizung zur Dienstpflichtverletzung durch Zivilpersonen, Schwanden 1913
Kneißl: Die strafrechtlichen Novellen und Nebengesetze, Reichenberg 1932
Kronauer: Kompendium des Bundesstrafrechts der Schweizer Eidgenossenschaft, Zürich 1912
Lederer: Die strafgesetzlichen und strafprozessualen Bestimmungen der tschechoslowakischen Republik, Prag 1922
Lenzlinger: Die schweizerische Militärstrafgerichtsbarkeit, Aarau 1928
Lenz: Ein Strafgesetzbuch ohne Schuld und Strafe, Graz 1922
Manzini: Trattato di diritto penale italiano, Torino 1920–23
Militärstrafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen vom 15. 1. 1855 für das Kaiserreich Oesterreich, Wien 1855
Ministero della giustizia: Relazione sul progetto preliminare di codice penale italiano, deutsche Uebersetzung von H. Kahn, Roma 1921
Rieter: Das militärische Delikt des Ungehorsams nach deutschem und schweizerischem Militärstrafrecht, Zürich 1911
Saltelli: Potere esecutivo e norme giuridiche, Roma 1926
Singer: Das in der Tschechoslowakei geltende Recht nach dem System des in der Tschech. Republik geltenden ehem. österreichischen Rechtes dargestellt, Prag 1923
Schneider: Rechtsbuch der Schweiz, Zürich 1927
Stiepels Gesetzsammlung des tschechoslowakischen Staates, Neuausgaben Reichenberg 1922.
Tschechoslowakisches Gesetz vom 14. 10. 1919 in: Sammlung der Gesetze und Verordnungen des tschechoslowakischen Staates Nummer 556, Prag 1919
Vorentwürfe eines Strafgesetzes über Vergehen und Verbrechen und eines Uebertretungsgesetzes, Prag 1926
Vorentwurf des allgemeinen Teils des Strafgesetzes, Prag 1921
Weber: Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, Reichenberg 1929

## Abkürzungen.

Die im Schrifttumsverzeichnis angeführten Werke sind im Texte regelmäßig mit dem Namen des Verfassers zitiert. In Einzelfällen ist zur Ausschließung jeglichen Irrtums zusätzliche Kennzeichnung erfolgt.

Es bedeuten:

| | | |
|---|---|---|
| a.a.O. | = | am angeführten Ort |
| Abs. | = | Absatz |
| a.M. | = | anderer Meinung |
| Art. | = | Artikel |
| cod.es. | = | italienisches Militärstrafgesetzbuch für das Heer |
| b.r.B. | = | bindender rechtswidriger Befehl |
| cod.mar. | = | italienisches Militärstrafgesetzbuch für die Marine |
| d.h. | = | das heißt |
| Motive | = | Motive zum Entwurf eines deutschen MStGB 1872 |
| MStGB | = | deutsches Militärstrafgesetzbuch |
| MStGBS | = | Schweizer Militärstrafgesetzbuch |
| MStGBJ | = | italienisches Militärstrafgesetzbuch |
| MStGBT | = | tschechoslowakisches Militärstrafgesetzbuch |
| RGSt | = | Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen |
| RMG | = | Entscheidung des Reichsmilitärgerichts |
| StGB | = | deutsches Strafgesetzbuch |
| u.U. | = | unter Umständen |
| VO | = | Verordnung |
| W.G. | = | Wehrgesetz vom 21. 5. 1935 |
| z.B. | = | zum Beispiel |

## A. Vorwort.

Die erste Vorbedingung für die gedeihliche Fortentwicklung eines jeden Volkes ist der Friede und zwar nicht nur der Friede im Innern, sondern auch der Friede nach außen, mit den Nachbarvölkern. Diesen Frieden zu erhalten und zu sichern ist Aufgabe der Politik. Sie allein hat die Entscheidung zu fällen, ob im Einzelfalle die Aufrechterhaltung des Friedens mit dem Ansehen der Ehre eines Volkes weiter zu vereinbaren ist, oder ob die Ehre und die Lebensbedingungen eines Volkes die Anwendung des letzten aller Mittel, den Krieg, erfordern.

Das Werkzeug der Politik zur Sicherung des Friedens wie zur Durchführung eines notwendigen Krieges ist stets die Wehrmacht eines Volkes, das Heer. Seine Aufgabe ist es, die wehrhafte Kraft der Nation zusammenzufassen, auszubilden und charakterlich zu dem zu formen, was man gemeinhin unter einem Soldaten versteht. In diesem Bestreben muß sie Einflüssen von außen, nennen wir sie die niedere Politik im Gegensatz zu der höheren als der Staatsführung, gegenüber geschützt sein. Sie muß dem Soldaten das Gefühl des unbedingten Mannseins vermitteln, sie muß aus ihm das Musterbild der Disziplin gestalten, sie muß ihm ihre Offiziere nicht nur als Vorgesetzte, sondern vor allem als Führer geben, die einen Anspruch auf die Achtung und den unbedingten Gehorsam der Untergebenen erheben können. Der Soldat darf nie in der Befehlsausführung zaudern, mag er auch einen im ersten Augenblick noch so widersinnig erscheinenden Befehl erhalten haben. Um des großen Gedankens des Gehorsams, der Disziplin willen, muß die Gefahr unberücksichtigt bleiben, daß ein Vorgesetzter auch einmal einen gegen das Recht verstoßenden, einen rechtswidrigen Befehl erteilen kann, der von dem Untergebenen mit demselben Eifer und derselben Pflichttreue ausgeführt wird, wie ein rechtsmäßiger Befehl.

Man wird im Einzelfalle vielleicht die Erteilung eines rechtswidrigen Befehls und dessen Ausführung ungleich bestrafen, unter Umständen in dem einen oder anderen Falle von Strafe absehen, man wird bei Völkern verschiedener Rassen zu dem Problem des rechtswidrigen bindenden Befehls eine verschiedenartige Stellung einnehmen, bei fast allen Völkern wird jedoch immer der Hauptmaßstab bleiben: was nützt dem Heere und damit dem Volke und was schadet ihm?

Obwohl in Deutschland über das Problem des bindenden rechtswidrigen Befehls eine umfangreiche Literatur entstanden ist, wissen wir dennoch nicht allzuviel über die Stellung, die andere Völker zu diesem Problem einnehmen.

Diese Lücke teilweise auszufüllen versuchen, der deutschen Ansicht über den bindenden rechtswidrigen Befehl diejenige anderer Völker gegenüberzustellen, soll Zweck und Sinn der folgenden Ausführungen sein.

B.

# I. Der bindende rechtswidrige Befehl im deutschen Militärstrafrecht.

## § 1. Der bindende rechtswidrige Befehl im deutschen Militärstrafrecht.

Die Behandlung des Problems vom rechtswidrigen bindenden Befehl nimmt in der deutschen juristischen Literatur einen breiten Raum ein. Seit van Calker 1891 in seiner Schrift: „die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen" zum ersten Male das Problem des rechtswidrigen, bindenden Befehls aufgeworfen hat, ist fast kein Jahr vergangen, in dem die deutsche Literatur nicht um mindestens eine Abhandlung bereichert wurde, die sich direkt oder indirekt damit befaßte. Die politische Einstellung der einzelnen Verfasser war, hauptsächlich vor dem Weltkriege, entscheidend für die Behandlung des Problems. In der Nachkriegszeit wurde diese Unmenge von Abhandlungen erstmals polemisch gesichtet und damit erreicht, daß heute eine kleinere Anzahl von Werken bei der Betrachtung dieser außergewöhnlichen Erscheinung im deutschen Recht ohne allzu große Bedenken als wissenschaftlich gelten können. Wir sagen: ohne allzu große Bedenken, denn wissenschaftliche Arbeit bleibt nie stehen. Wenn wir heute noch auf das eine oder andere Werk zurückgreifen können, dann deshalb, weil deren Verfasser teilweise bereits die Maßstäbe anstrebten, die wir heute an das gesamte Rechtsgebiet anlegen: Nicht lebensfremdes, nicht erstarrtes formelles Recht, sondern lebensnahes Recht mit dem Primat der Gemeinschaft vor dem einzelnen Individuum.

Aus dem Ausdruck: bindender rechtswidriger Befehl ergibt sich zugleich die Gliederung der Abhandlung, soweit sie sich mit Deutschland beschäftigt. Zuerst werden wir uns mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit auseinandersetzen, sodann mit dem Befehl und damit mit dem rechtlichen Verhältnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen, um nach Behandlung der verschiedenen Arten von Befehlen uns schließlich den rechtlichen und praktischen Auswirkungen des bindenden rechtswidrigen Befehls für Vorgesetzten, Untergebenen und Betroffenen zuzuwenden.

## § 2. Rechtswidrigkeit.

### 1. Begriff der Rechtsordnung.

Rechtswidrigkeit bedeutet dem Wortlaut nach „wider das Recht", Widerspruch mit dem Recht, mit der Rechtsord-

nung.[1]) Diese Definition bringt uns jedoch nicht weiter, da sie die Unbekannte: Rechtswidrigkeit durch die neue Unbekannte: Recht, damit im Zusammenhange Rechtsordnung, ersetzt. Es müssen daher erst diese Begriffe klargestellt werden. Was ist Recht, was ist Rechtsordnung?

Ein Staat, insbesondere der deutsche Staat, ist nach unserer heutigen Auffassung eine Vielheit von rassisch in einem bestimmten Maßstabe gleichartigen Menschen, die sich zur Erreichung gemeinsamer Ziele in einer bestimmten Gemeinschaft zusammengeschlossen haben. Kennzeichnend für den Staat ist weiter ein bestimmter Teil der Erdoberfläche, auf dem sich die Vielheit von Menschen aufhält.

Das Leben der Gemeinschaft muß sich nach bestimmten Richtlinien vollziehen, die eine Gefährdung des gemeinsamen Interesses ausschließen. Zur Sicherung des gemeinsamen Interesses muß eine höchste Instanz vorhanden sein, die Staatsgewalt. Sie beschränkt im einzelnen um des Vorteiles aller willen die Rechte des einzelnen, sie stellt aber auch auf der anderen Seite dieser Freiheitsbeschränkung die Zuteilung bestimmter Anteile am Genuß der Umwelt (Güter) gegenüber. Der Zustand der Ordnung muß daher ein untrennbarer Bestandteil des Gemeinschaftslebens sein. Wenn der Wille zur Gemeinschaft von jedem Genossen als Wille aller Genossen empfunden wird, so entsteht die Empfindung eines übergeordneten vom Einzelwillen verschiedenen Gemeinwillens zur Ordnung.[2]) Da dieser Gemeinwille auf Verwirklichung einer Ordnung hinstrebt, die den einzelnen in rechter Weise zum Ganzen einfügt, so wird er zum Rechtswillen und die erstrebte Ordnung zur Rechtsordnung. Diese Ordnungen sind zahlreich: Völkerrecht, Kriegsrecht, Disziplinarrecht usw.

Die Mittel zur Verwirklichung der Rechtsordnung sind folgende:

1. Selbstbeschränkung der Ordnung zu Gunsten des Einzelnen (Freiheitsrechte, Gewährungen),
2. Subjektive Rechte des Einzelnen, die als rechtmäßig anerkannt sind und zur Abwehr von Angriffen gegen sie berechtigen,
3. Erlaß von Geboten und Verboten, die unmittelbar zum rechtmäßigen Tun verpflichten.[3])

Entsprechend dem Ursprung der Rechtsordnung muß immer ihr oberster Grundsatz sein: Recht ist, was dem Interesse der Gemeinschaft nützt, Unrecht ist, was ihm schadet. Was den Interessen des Volkes entspricht und damit der Rechtsordnung, ist rechtmäßig, was den Inte-

1) So auch von Ammon, der bindende rechtswidrige Befehl S. 8.
2) Gl. M. Cron, die Grenzen des militärischen Gehorsams S. 14.
3) Vergl. Ebermayer-Lobe-Rosenberg, S. 2, Reichsstrafgesetzbuch.

ressen des Volkes zuwiderläuft, ist unrechtmäßig, ist rechtswidrig. Die von der Rechtsordnung vorgenommene Bewertung einer Tat ist objektiv, da sie stets den Nutzen oder Schaden für die Gemeinschaft feststellt, der aus einer Handlung erwachsen ist. Sie muß es zwangsläufig sein, da sie sich an alle in der Gemeinschaft lebenden Menschen wendet, mündige wie unmündige, vollzurechnungsfähige wie minderzurechnungsfähige oder unzurechnungsfähige.[4]) Wenn man die von der Rechtsordnung vorgenommene Bewertung einer Tat als Tätigkeit eines ordnenden Subjekts auffaßt, stellt sie sich als ein Wert- oder Unwerturteil dar, je nach der Meinung des Rechtsordners der Gemeinschaft, der Staatsgewalt.[5]) Dieses Wert- oder Unwerturteil kann jedoch nichts darüber enthalten, ob ein formelles Gebot oder Verbot übertreten wurde. Dies bestimmen in jedem einzelnen Falle die Ausführungsbestimmungen der Rechtsordnung, die Rechtssätze, die Gesetze.

Aus dem Charakter der Rechtsordnung als der Ordnung, die Störungen des gemeinschaftlichen Interesses hintanzuhalten hat, ergibt sich von vornherein, daß sie sich nur an Menschen wenden kann, da Tiere nicht Mitglieder dieser Gemeinschaft sein können. Dementsprechend können Tiere, Naturgewalten usw. nie rechtswidrig handeln. Ob das Verhalten von Tieren oder Naturgewalten schädlich für die Gemeinschaft ist, spielt selbstverständlich in diesem Zusammenhange keine Rolle. Schließlich ist der Begriff der Rechtsordnung relativ,[6]) da sie stets von dem zurzeit herrschenden Interesse der Gemeinschaft abhängig ist insoferne, daß sie durch ihre Existenz und ihre Normen eben diesem Gemeinschaftsinteresse zu dienen verpflichtet ist. Damit ist aber auch die Rechtswidrigkeit relativ, da diese wieder von der Rechtsordnung abhängig ist.

## 2. Begriff der Rechtswidrigkeit.

Somit kommen wir zu dem Begriff der Rechtswidrigkeit:

Rechtswidrigkeit ist ein von der jeweiligen Rechtsordnung und damit den jeweiligen Zielen der Gemeinschaft abhängiger objektiver Begriff, dessen Natur in dem Widerspruch zur Rechtsordnung besteht.[7])

Was im einzelnen nun rechtmäßig oder rechtswidrig ist, läßt sich naturgemäß nicht aus der Definition: geeignet zur Förderung des gemeinsamen Interesses oder ungeeignet zur Förderung des gemeinen

4) So auch von Ammon S. 9 und 10, a. M. Hold v. Ferneck, einen Mittelweg nehmen Ihering, Thon und Nagler ein.
5) Vergl. Cron a.a.O. S. 40.
6) vgl. Cron S. 40.
7) vgl. Cron S. 42.

Interesses bestimmen. Im einzelnen bestimmen dies die Ausführungssätze der Rechtsordnung, die Gesetze. Welcher Natur die Rechtssätze sind, darüber sind die Meinungen in der Literatur geteilt. Urteilstheorie und Imperativentheorie [8]) stehen sich hier sehr schroff gegenüber. Die Urteilstheorie will die Rechtssätze als Urteil, d. h. eine Entscheidung über Wert oder Unwert, die Imperativentheorie als einen Komplex von Imperativen in Form von Ver- und Geboten gewertet wissen. Das richtige liegt unserer Ansicht nach, wie so oft, in der Mitte. Der Rechtsordnung ist neben dem imperativischen Charakter auch ein bewertender eigen, oder wie Cron sagt: Neben der Bestimmungsnorm, dem Imperativ, steht die Bewertungsnorm.[9])

Die Bedeutung der Rechtswidrigkeit im Strafrecht liegt darin, daß sie allgemeines Verbrechensmerkmal ist, zu dem noch die Tatbestandsmäßigkeit und die Schuld treten müssen, um eine Feststellung darüber zu erlauben, ob ein strafbares Handeln vorliegt.[10]) Rechtswidrigkeit und Schuld müssen daher scharf unterschieden werden. Der Unzurechnungsfähige kann beispielsweise rechtswidrig handeln, es wird jedoch kaum jemanden geben, der ihm hierbei schuldhaftes Handeln zurechnen würde.

### 3. Ausschluß der Rechtswidrigkeit.

Wir haben gesehen: An und für sich ist eine Handlung, die die Rechtsordnung mißbilligt, rechtswidrig. Eine Handlung, die dementsprechend im Normalfalle rechtswidrig ist, kann jedoch auch eine rechtsmäßige sein, wenn die besonderen Umstände des Falles die Rechtsordnung und damit den Rechtsordner dazu bestimmen. Man nennt diese Fälle Unrechtsausschließungs- oder Rechtfertigungsgründe. Sie sind nahezu lückenlos im Strafgesetz aufgeführt. In der Literatur gehen die Meinungen über sie, ihre Einteilung und ihre Bedeutung weit auseinander. Für die Behandlung unseres Problems interessiert hauptsächlich eine Gruppe, die der Ausschließung der Rechtswidrigkeit durch Erfüllung einer Rechtspflicht. So geht der Scharfrichter, der seines Amtes waltet, straflos aus, da er einer Rechtspflicht folgend den Delinquenten vom Leben zum Tode bringt, während seine Handlung ohne den Tatbestand dieser Erfüllung einer Rechtspflicht einen Mord darstellen würde. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit in Erfüllung einer Rechtspflicht kann in zwei Fällen eintreten:

1. bei Handlungen in Erfüllung einer den Rechtssätzen entsprechenden Pflicht,

2. bei Handlungen, die auf Befehl vorgenommen werden.

8) Hauptvertreter der Urteilstheorie ist Zitelmann, Hauptvertreter der Imperativtheorie sind Thon und beschränkt Hold-Ferneck.

9) vgl. Cron, S. 41.

10) vgl. Schwinge, Militärstrafgesetzbuch, S. 8.

Im ersteren Fall ist wesentlich, ob die vorgenommenen Handlungen auch tatsächlich den betreffenden Rechtsgesetzen in jeder Weise entsprechen oder nicht, im letzteren, ob der Befehl rechtmäßig und bindend ist.[11]) Wenn der Befehl rechtmäßig ist, so wird auch die Ausführung rechtmäßig sein, d. h. rechtmäßige Handlung — rechtmäßiger Erfolg.[12]) Allerdings können rechtmäßige Handlungen auch rechtswidrige Zustände herbeiführen. Von Ammon [13]) zitiert in diesem Zusammenhange sehr richtig die Akte des Strafprozesses gegen einen Unschuldigen, er weist jedoch selbst darauf hin, daß die Rechtsordnung diesen Zustand als rechtswidrig ansieht und dem Betroffenen Entschädigungsansprüche zubilligt. In dem Zusammenhang zwischen rechtmäßigen Befehl und rechtmäßiger Handlung spielt diese Betrachtung keine Rolle, da dies sonst bei Wertung des erreichten Zustandes als des maßgebenden Moments für die Rechtmäßigkeit eines Befehls zu der Verneinung eines bindenden Befehls überhaupt führen müßte. Die Rechtsordnung und der Rechtsordner wollen aber unter allen Umständen den Befehl als eines der wesentlichsten Mittel zur Förderung des gemeinsamen Interesses.

## § 3. Der Befehl.

### 1. Ueber- und Unterordnungsverhältnis.

Was ist ein Befehl? Wenn eine Vielheit von Menschen sich zur Erreichung eines bestimmten Zieles verbunden hat, wird zweckmäßig jedem der hierbei Beteiligten eine bestimmte Funktion zugewiesen werden. Die Aufgabe des einen wird es sein, die Richtlinien zu bestimmen, in deren Verfolgung das angestrebte Ziel möglichst rasch und ohne unnötige Kräftevergeudung erreicht werden kann, ein anderer oder mehrere andere werden diese Richtlinien anerkennen und ihnen Geltung verschaffen. Hiermit besteht ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis, da der eine Anordnungen trifft, die der andere ausführt, beide in der Absicht, das erstrebte Ziel möglichst schnell zu erreichen. Dieses Ueber- und Unterordnungsverhältnis kann auf verschiedene Art und Weise entstanden sein. Es kann kraft Gesetzes bestehen (Eltern—Kinder), es kann auf Vertrag beruhen (Prinzipal—Angestellter), es kann schließlich in rein tatsächlichen Umständen begründet sein (Oberhaupt — eine Verbrecherbande). Wesentlich ist stets nur das Vorhandensein des Ueberordnungsverhältnisses, nicht aber die Art der Entstehung.

Der Umfang des Ueberordnungsverhältnisses kann ganz verschieden sein, vg. die Unterschiede in dem übergeordneten Verhältnis zwischen Vereinsvorstand und Mitglied, Eltern und Kindern, Offizier und Re-

11) vgl. v. Ammon, S. 26, 27, Cron, S. 45.
12) vgl. v. Ammon, S. 14.
13) vgl. v. Ammon, S. 17.

kruten. Wesentlich für das Ueberordnungsverhältnis ist nicht das Zugehören zu einer bestimmten Gattung des Rechts, es kann gleichermaßen dem öffentlichen, wie dem privaten Recht angehören, vgl. Landgerichtsdirektor — Inspektor und wieder Eltern — Kinder.[14])

Aus der Natur des Ueber- und Untergeordnetenverhältnisses ergibt sich, daß der Uebergeordnete auf Grund der Ueberordnung dem Untergeordneten gegenüber seinen Willen dahingehend zu äußern befugt ist etwas zu tun oder zu unterlassen. Dies ergibt sich auch schon aus dem Sprachgebrauch.[15])

Diese Willensäußerung nennen wir Befehl. Ob dieser auf Grund eines tatsächlichen oder nur scheinbaren Ueberordnungsverhältnisses ergeht, ist gleichgültig, ein Befehl ist auch die Anordnung des Oberhauptes der Diebesbande an einen Dieb, einen bestimmten Laden auszustehlen, nicht aber Zigaretten für ihn zu kaufen, da dies lediglich eine Bitte darstellt, die mit dem Ueberordnungsverhältnis, insbesondere aber mit dem Zweck des Ueberordnungsverhältnisses rein garnichts zu tun hat. Dies gilt jedoch nur cum grano salis, da es vom Tatbestand im einzelnen abhängt.

## 2. Begriff des Befehles.

Der Befehl muß in dem Ueberordnungsverhältnis seinen Grund haben.[16]) Somit stellt sich uns der Befehl dar als:

eine Willensäußerung eines Menschen einem anderen gegenüber, mit dem ihn ein tatsächliches oder scheinbares Ueberordnungsverhältnis verbindet, etwas zu tun oder zu lassen, was zur Erreichung des Zweckes des Ueberordnungsverhältnisses beizutragen geeignet ist.[17]) Welche Form der Befehl besitzt ist gleichgültig. Bitte, Ersuchen, Rat sind einige der Ausdrucksformen des Befehls, Wunsch, Erwartung, schlüssige Handlung, unter Umständen Frage andere.[18]) Der Befehl kann schriftlich, mündlich oder durch Zeichen gegeben werden.

## 3. Der militärische Befehl.

Eine besonders große Rolle spielt das Ueber- und Untergeordnetenverhältnis und daraus entspringende Befehle bei einem Heere. Aufgabe eines jeden Heeres ist es, auf die Weisung seines obersten Befehlshabers hin die Politik des eigenen Landes durch Waffengewalt

14) So auch v. Ammon, Cron, Rissom.

15) vgl. v. Ammon, S. 28.

16) vgl. v. Ammon, S. 31, Schwinge a.a.O.

17) Ohne die Einschränkung auf eine bestimmte Richtung kann kein Uebergeordnetenverhältnis bestehen, dieses muß sich zwangsläufig auf ein bestimmtes Ziel beziehen, was Ammon auf Seite 31 nicht erkennt. Vgl. auch Cron, S. 23, der noch die Tendenz der Zwangsverwirklichung als Merkmal hinzufügt.

18) vgl. die Entscheidungen d. RMG. in den Bänden 6, 12, 13, 14, 64.

oder auch nur durch seine sichtbare Existenz zu unterstützen. „Die Wehrmacht schützt das Deutsche Reich und Vaterland, das im Nationalsozialismus geeinte Volk und seinen Lebensraum".[19]) Zu diesem Zwecke ist eine Vielzahl von Menschen entweder auf Grund Vertrages oder auf Grund Gesetzes auf eine bestimmte Zeit zusammengefaßt, um eine Ausbildung in den einzelnen Waffengattungen zu erhalten, die sie befähigt im Falle eines Krieges zum Vorteil des eigenen Landes von dieser Kenntnis Gebrauch zu machen. Zur einheitlichen Ausbildung wie zum einheitlichen Einsatz dieser Vielheit von Menschen muß ein richtunggebender Wille vorhanden sein, dem die Vielheit zu gehorchen hat, d. h. ein Ueber- und Untergeordnetenverhältnis bestehen. Nun ist es aber vernünftigerweise nicht möglich, daß lediglich ein Mann der Vorgesetzter sei und alle anderen nur unter sich gleichstehende Untergebene. Es werden daher unter den Untergebenen wiederum Individuen sein müssen, die dem Willen des Bestimmenden, nennen wir ihn den „Vorgesetzten schlechthin", in jedem einzelnen Falle Geltung verschaffen. Sie werden im Verhältnis zu den anderen Untergebenen wiederum Vorgesetzte sein und die Befugnis haben diesen Befehle zu erteilen, die sich letzten Endes mit dem Willen des „Vorgesetzten schlechhin" zu decken haben oder doch zum mindesten dem Willen des „Vorgesetzten schlechthin" zum Erfolg zu verhelfen haben. Ein bloßes Wiederholen oder Ueberbringen eines erhaltenen Befehls als Bote ist hierunter nicht zu verstehen und kann nie eine Vorgesetzteneigenschaft begründen, da für letztere die Befehlsgewalt charakteristisch ist. Befehlsgewalt können nur Vorgesetzte besitzen.

Wer im einzelnen Vorgesetzter ist, ist in den Heeresbestimmungen enthalten, da das MStGB die beiden Begriffe: Vorgesetzter und Untergebener nicht klarstellt, sondern den Vorschriften des Wehrverwaltungsrechts überläßt.[20]) Demnach ist maßgebend für die militärische Befehlsgewalt die Verordnung über Rang- und Vorgesetztenverhältnis der Soldaten vom 29. 6. 32.

Vorgesetzter ist jeder, der auf Grund allgemeiner oder dienstlicher Anordnung einem anderen Befehle zu erteilen befugt ist.[21]) Vorgesetzte können nur Soldaten sein, also nicht Heeresbeamte oder Personen des Heeresgefolges.[22]) Soldaten sind die im aktiven Wehrdienst stehenden Offiziere, Unteroffiziere und Mannschaften.[23]) Demnach können Nicht-

---

19) vgl. „Pflichten des deutschen Soldaten" vom 25. 5. 34, zitiert bei Pfunder-Neubert, Band I g, Nr. 2 S. 3.

20) vgl. RMG 20, 230, Motive § 105, Schwinge a.a.O. S. 183.

21) vgl. Rittau, Militärstrafgesetzbuch 1935.

22) RMG 11, 128, 19, 168/170, 21, 222.

23) WG vom 21. 5. 35 § 21.

soldaten niemals Vorgesetzte sein, es sei denn, daß sie durch Reichsgesetz als Vorgesetzte bekanntgemacht seien.[24])

Das militärische Vorgesetztenverhältnis ruht grundsätzlich während einer Kriegsgefangenschaft, eine Bestimmung, die selbstverständlich ist, da ja in diesem Falle keine Möglichkeit besteht der Vorgesetzteneigenschaft irgendwie mit geeigneten Mitteln Nachdruck zu verleihen.[25]) Das Vorgesetztenverhältnis besteht nur während der Zeit der Dienstleistung bei der Wehrmacht.[26])

Das Vorgesetztenverhältnis kann dreierlei Natur sein, allgemeines, direktes und selbstgesetztes Verhältnis. Von einem allgemeinen Vorgesetztenverhältnis spricht man bei Vorgesetzten, die auf Grund ihres höheren Dienstranges auch außer Dienst ganz allgemein stets Vorgesetzte bleiben. Es ist durch das Innehaben eines bestimmten Dienstgrades gekennzeichnet. So sind Offiziere einer höheren Rangklasse in und außer Dienst Vorgesetzte aller Offiziere der niedrigeren Rangklasse. Offiziere aller Gattungen der Wehrmacht sind in und außer Dienst Vorgesetzte der Deckoffiziere der Kriegsmarine, der Unteroffiziere und Mannschaften des Heeres und der Luftwaffe. Zwischen den Offizieren derselben Rangklasse begründen höherer Dienstgrad oder höheres Dienstalter (Rangdienstalter) kein allgemeines Vorgesetztenverhältnis. Jeder dienstjüngere Offizier ist jedoch dem diensälteren Achtung schuldig. Deckoffiziere und Unteroffiziere des Heeres und der Luftwaffe sind in und außer Dienst Vorgesetzte aller Mannschaften der Wehrmacht.[27])

Ein allgemeines Vorgesetztenverhältnis zwischen den einzelnen Rangklassen der Unteroffiziere der Wehrmacht besteht nicht, jedoch ist auch hier der Angehörige derselben Rangklasse dem im Dienstrang Höherstehenden Achtung schuldig. Zwischen den Angehörigen der Rangklasse der Mannschaften besteht kein allgemeines Vorgesetztenverhältnis.

Somit ist für die Eigenschaft des allgemeinen Vorgesetztenverhältnisses der Rang entscheidend, nicht aber, daß der Betreffende sich im Dienste befinden muß, es sei denn, daß er sich in einem längeren Urlaub befindet.

Bei Vorgesetzten, die lediglich in bestimmten Umfange oder auf bestimmte Zeit als Vorgesetzte fungieren, spricht man vom direkten Vorgesetztenverhältnis. Eine Vorgesetztenstellung kann dadurch geschaffen werden, daß durch besondere Anordnung oder durch allgemeine

24) So waren z. B. Reichspräsident und Reichswehrminister auch Vorgesetzte, wenn sie Nichtsoldaten waren, § 8, Abs. 2 Satz 1 und 2 Wehrgesetz vom 23. 3. 21, vgl. auch Cron S. 27.

25) RMG 19, 138; 20, 86/88, 208.

26) Dies ergibt sich aus dem Ausdruck: „aktiver Wehrdienst" in § 21 WG

27) vgl. Anhang zu Rittau.

Dienstvorschriften Soldaten der Befehl über andere Soldaten übertragen wird. Für die Dauer der übertragenen Dienststellung sind sie Vorgesetzte der ihnen Unterstellten. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß Unteroffiziere niemals zu Vorgesetzten über Offiziere, Mannschaften niemals zu Vorgesetzten von Unteroffizieren bestellt werden dürfen.[28]) Zur Uebertragung einer bloß vorübergehenden Befehlsbefugnis an Mannschaften über Mannschaften für einzelne Dienstvorrichtungen ist jeder Vorgesetzte berechtigt, während eine Berechtigung zur Uebertragung einer dauernden Befehlsbefugnis nur die in § 8 DStO bezeichneten, mit Disziplinargewalt ausgestatteten Offiziere besitzen.

Ueber das selbstgesetzte Vorgesetztenverhältnis bemerkt die oben[28]) zitierte Verordnung vom 29. 6. 32: Jeder diensältere Offizier hat das Recht und die Pflicht, dienstjüngere Offiziere, falls deren außerdienstliches Verhalten es erfordert, zurechtzuweisen und darf sich dabei, wenn nötig, ihnen gegenüber in das Verhältnis eines Vorgesetzten setzen. Das Vorgesetztenverhältnis beginnt mit der Erklärung des Offiziers, daß er als Vorgesetzter anzusehen ist. Diese Bestimmung kann jedoch nur auf Offiziere Anwendung finden, deren außerdienstliches Verhalten ein Eingreifen notwendig macht.

Mit dem Vorgesetztenverhältnis auf Grund eigener Erklärung hat die Uebernahme der Kommandogewalt durch den Dienstältesten nichts zu tun. Treffen Truppenteile oder einzelne Offiziere oder Unteroffiziere zufällig in Ausübung des Dienstes zusammen und erscheint dem Dienstältesten aus dringenden militärischen Gründen einheitliche Führung erforderlich, so hat er unter Bekanntgabe an die Beteiligten das Kommando zu übernehmen.

Er ist für die Dauer der einheitlichen Befehlsführung Vorgesetzter der übrigen Soldaten. Dieses Vorgesetztenverhältnis stellt sich als auf Grund besonderer Dienststellung erfolgtes und damit direktes Verhältnis dar. Weitere Arten des direkten Vorgesetztenverhältnisses für Sanitätsverbände, Musikmeister usw. sind in der Verordnung zu finden.[29])

Die Vorgesetzteneigenschaft war früher nicht notwendig an eine bestimmte Staats- und Rassenangehörigkeit gebunden. Vor dem Weltkrieg haben u. a. japanische Offiziere im deutschen Heere gedient, somit nicht nur Angehörige eines anderen Staates, sondern auch einer anderen Rasse. Soweit sie im Heere Kommandostellen innehatten, waren sie zweifellos als Vorgesetzte zu betrachten. Die in § 8 MStGB genannten Wehrmachtsangehörigen verbündeter Staaten können eben

28) Verordnung über Rang- und Vorgesetztenverhältnis der Soldaten des Heeres vom 29. Juni 1932 (Neudruck 1934), Abschnitt C II.

29) Abschnitt C II, Nr. 2, 4, 5, 6.

falls bei gemeinschaftlichem Dienstverhältnis Vorgesetzte deutscher Soldaten sein, vorausgesetzt, daß Gegenseitigkeit in dieser Frage herrscht.[30])

Nach den Bestimmungen des Wehrgesetzes können Angehörige einer Rasse keinen aktiven Wehrdienst leisten und damit auch nicht Vorgesetzte sein. Juden und jüdische Mischlinge [31]) können in Friedenszeiten nie Vorgesetzte sein. Die Frage der Dienstleistung im Kriege ist besonderer Regelung vorbehalten. Wer, von der vorstehenden Ausnahme abgesehen, die deutsche Reichsangehörigkeit nicht besitzt, kann mit Genehmigung des Führers in ein Wehrdienstverhältnis eintreten.[32])

Somit können mit Ausnahme von Juden und Judenmischlingen auch Angehörige anderer Staaten und anderer Rassen Vorgesetzteneigenschaft im deutschen Heere besitzen.

Mit dem Begriff des Vorgesetzten korrespondiert stets der des Untergebenen. Dieser Begriff ist an und für sich relativer Natur, denn er besagt nur, daß ein Individuum einem anderen untergeordnet ist, er besagt jedoch nichts darüber, ob diesem Individuum wieder andere untergeordnet sind, z. B. ist der Leutnant als Zugführer dem Hauptmann als dem Kompagniechef untergeordnet, während er gleichzeitig Vorgesetzter des Unteroffiziers ist, der eine Gruppe führt, d. h. der Unteroffizier ist dem Leutnant untergeordnet.

Der Charakter der Untergebeneneigenschaft hängt nicht nur vom Rangverhältnis und der dauernden dienstlichen Stellung ab, sondern auch von der jeweiligen dienstlichen Funktion nach Maßgabe der Wehrverfassung, der Dienstvorschriften und der besonderen Anordnungen zuständiger Stellen. Wer im einzelnen Untergebener ist, richtet sich nach dem 6. Abschnitt des MStGB: Strafbare Handlungen gegen die Pflicht der militärischen Unterordnung. Wer eine dort aufgeführte strafbare Handlung begeht, ist Untergebener.

Sämtliche Militärpersonen, also alle zur Wehrmacht gehörenden Soldaten und Beamten, können Untergebene sein. Hier ist jedoch eine Trennungslinie zwischen Kriegszustand und Frieden zu ziehen. Während die Soldaten zu beiden Zeiten Untergebene sind, wobei der Begriff des Soldaten sich auf Offiziere aller Gattungen, Deckoffiziere, Unteroffiziere und Mannschaften erstreckt, können die Wehrmachtsbeamten nur im Kriege Untergebeneneigenschaften besitzen.[33])

---

30) vgl. die Ausführungen von Cron, S. 27, 28.

31) Wer als Jude oder Judenmischling zu betrachten ist, ergibt sich aus dem Reichsbürgergesetz und dem Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 35, vgl. auch Pfundner-Neubert in Kommentar zum Wehrgesetz in der Sammlung: Das neue Deutsche Reichsrecht.

32) § 18, Ziff. 4 des WG.

33) § 153 MStGB.

Wer ist Wehrmachtsbeamter? Wehrmachtsbeamte sind alle in der Wehrmacht dauernd oder auf Zeit angestellten, nicht zu den Soldaten gehörenden und unter dem Reichskriegsminister als Verwaltungschef stehenden Beamten, die einen Militärrang innehaben. Ob die Wehrmachtsbeamten einen Diensteid geleistet haben, spielt in diesem Zusammenhange keine Rolle.[34]) Die Dauer der Zugehörigkeit zur Wehrmacht beginnt für die Soldaten mit dem Tage des Eintritts oder mit der Einberufung (Gestellungstag) und endet mit dem Ablauf des Entlassungstages. Der Militärbeamte gehört mit dem Tage der Ernennung zur Wehrmacht und scheidet aus mit dem Ablauf des Tages der Entlassung aus dem Amte.[35])

Außer den Wehrmachtsbeamten sind in Kriegszeiten weiterhin Untergebene, aber nicht Vorgesetzte:

Personen, die sich in irgendeinem Dienst- oder Vertragsverhältnis bei der kriegführenden Wehrmacht befinden oder sich sonst bei ihr aufhalten oder ihr folgen, das sogenannte Heeresgefolge, nicht zu verwechseln mit dem Troß früherer Jahrhunderte, der nicht nur das heutige Heeresgefolge, sondern auch den sachlichen Nachschub einschloß. Unserer Ansicht nach billigt Cron Presseberichterstattern zu Unrecht eine besondere Stellung zu, wenn er sagt, daß diese nicht zum Gefolge gehören, da sie sich lediglich bei der kriegführenden Wehrmacht ohne Folgen aufhielten oder ihr folgten.[36]) Das aber wird gerade durch die Worte: „oder sonst" des § 155 MStGB eingeschlossen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb gerade Presseberichterstatter eine besondere Stellung genießen sollen. Wohl hat die Oeffentlichkeit im Kriegsfalle ein großes Interesse an der Schilderung der Umstände, die in einem Heeresbericht als einer objektiven nüchternen kurzen Berichterstattung selten zum Ausdruck kommen. Dem Berichterstatter muß jedoch die Möglichkeit genommen werden, störend in die Funktionen der Wehrmacht einzugreifen. Andererseits muß die Möglichkeit vorhanden sein, den Berichterstatter im Falle unvorhergesehener Ereignisse an einer Stelle einzusetzen, wodurch er dem allgemeinen Wohl besser nützen kann, als durch seine Eigenschaft als Berichterstatter. Selbstverständlich wird hierbei im weitesten Maße Rücksicht darauf genommen werden müssen und genommen werden, welche Tätigkeit des Berichterstatters, der nur ein Einzelbeispiel aus einer ganzen Gattung ist, zu der auch Schlachtenmaler, Photographen usw. gehören, für die Gesamtheit am nutzbringendsten ist. Dem Heeresgefolge gleichzuwerten ist das Gefolge ausländischer Offiziere, die sich mit Genehmigung der

34) Anl. zum MStGB vom 20. 6. 1872, Bekanntmachung vom 16. 6. 26.
35) § 21, 3 b WG.
36) Cron, a.a.O. S. 24.

obersten Heeresleitung bei der kriegführenden Wehrmacht aufhalten.[37]) Die Offiziere selbst sind in diesem Falle genau so wie diejenigen, die zu dem betreffenden Zeitpunkt in der deutschen Wehrmacht Dienst leisten, als Untergebene zu werten.[38]) Kriegsgefangene sind nach den Bestimmungen des MStGB ebenfalls Untergebene.[39]) Den Kriegsgesetzen unterstehen sie jedoch nur nach den Bestimmungen des § 9, Ziffer 4 MStGB.

Wir haben oben gesehen, daß das Vorgesetztenverhältnis während der Zeit der Kriegsgefangenenschaft ruht. Logischerweise ruht auch das Untergebenenverhältnis.

Wie das Vorgesetztenverhältnis, so geht auch das Untergebenenverhältnis mit dem Ausscheiden der Wehrmacht verloren, da von diesem Zeitpunkt an kein soldatischer Charakter vorhanden ist.[40]) Hierbei spielt keine Rolle, ob es sich um eine Entlassung oder ein Ausscheiden im Sinne des Wehrgesetzes handelt. Bei Uebertritt aus dem aktiven Dienst in den Verwaltungsdienst geht in Friedenszeiten ebenfalls der Charakter der Untergebeneneigenschaft verloren, da wir es ja dann mit einem Wehrmachtsbeamten zu tun haben.

Nachdem wir so als wesentliche Voraussetzungen des militärischen Befehls das Gegenüberstehen des militärischen Vorgesetzten und des militärischen Untergebenen erkannt haben, können wir uns an die Definition des militärischen Befehls wagen.[41]) Er stellt sich dar als

die Anweisung eines Vorgesetzten etwas zu tun oder zu unterlassen. Diese Definition ist jedoch noch nicht vollständig, da die Anweisung des Vorgesetzten irgendeine Beziehung zum Dienst aufweisen muß. Liegt diese Beziehung nicht vor, so handelt es sich um einen Befehl in Privatsachen. Wohl wird es im Einzelfalle schwer sein, festzustellen, welche Befehle Privatsachen und welche dienstliche Angelegenheit betreffen, — es wird dies stets vom Tatbestand abhängen, weshalb theoretisch keine allgemein gültige Regelung aufgestellt werden kann —, eines darf jedoch als selbstverständlich gelten: einem Befehl in Privatsachen sind keinerlei bindende Eigenschaften beizumessen.

Das Militärstrafgesetzbuch unterscheidet 2 Arten von Befehlen dienstlicher Natur, Befehle in Dienstsachen und Dienstbefehle. Zwischen

37) § 157 II MStGB.

38) § 157 I MStGB.

39) 158 MStGB.

40) §§ 21 III, 22, 23, 24 WG.

41) Rein staatsrechtlich gesehen stellt sich der militärische Befehl als eine staatshoheitliche Willenskundgebung dar, die einer in dem allgemeinen militärischen Gewaltverhältnis stehenden Person ein bestimmtes Verhalten aufgibt, vgl. auch Schwinge, S. 104.

beiden bestehen keine großen Unterschiede. Unter Dienstbefehlen sind Befehle oder Kommandos zu verstehen, die von dem Vorgesetzten dem Einzelnen speziell erteilt wurden und die auf einen Einzelvorgang nach Ort oder Zeit abzielen, z. B. der Auftrag des Kompagniechefs an einen Unteroffizier, einen Zug für die Dauer der Abwesenheit des Zugführers zu führen. Befehl in Dienstsachen ist ganz allgemein jeder von irgend einem Vorgesetzten berechtigter Maßen erteilte Befehl, z. B. Bekanntgabe des Verbots eine bestimmte Wirtschaft zu besuchen, anläßlich des Appells. Somit kann man beinahe behaupten, daß beide Arten von Befehlen miteinander identisch seien. Es ist schlechterdings auch nicht einzusehen, warum diese nicht identisch sein sollen.[42]) Schwinge[43]) glaubt einen Unterschied zwischen Befehlen in Dienstsachen im Sinne des § 47 und jenen im Sinne des § 92 herausstellen zu können. Der Begriff im § 47 verlange stets eine konkrete Anordnung des Vorgesetzten, während es nach § 92 ausreichend sei, wenn der Befehl in einer allgemeinen Dienstvorschrift enthalten sei. Stets müsse aber das in der fraglichen Dienstvorschrift enthaltene Einzelgebot bestimmt sein, z. B. das Verbot in Stallungen zu rauchen. Dies erscheint jedoch als eine Ueberspitzung.

Eine Möglichkeit, einen Befehl zu erteilen, wäre natürlich sinnlos, wenn dieser Befehlsgewalt nicht auch eine Pflicht des Untergebenen, an den sich der Befehl richtet, gegenüberstehen würde, diesem Befehl gehorchen zu müssen. Diese Pflicht Befehle entgegenzunehmen und auszuführen, die Befolgungs- oder Gehorsamspflicht, kann zweierlei Ausführungen hervorrufen. Sie kann nur aus Furcht vor Strafe erfolgen, sie kann aber auch auf Grund eines zwischen Befehlenden und Untergebenen bestehenden Vertrauensverhältnisses erfüllt werden, auf dem Vertrauen des Untergebenen zu der Einsicht, der Erfahrung und dem Wohlwollen des Vorgesetzten, also kurz auf Autorität beruhen. Der ideale Fall wird und muß immer der sein, daß der Untergebene in erster Linie auf Grund der Autorität des Vorgesetzten gehorcht, daß er aber auch weiß, daß im Falle des Nichtgehorchens ihn Strafe trifft. Dieses zwischen Führer und Mann bestehende Vertrauensverhältnis ist die Grundlage der Disziplin überhaupt. Ohne es keine wirkliche Disziplin, ohne Disziplin kein wirkliches Heer, ohne Disziplin bestenfalls bewaffnete Interessengemeinschaften, deren Dauer lediglich von dem Willen und der Willkür des Einzelnen abhängt, ohne Disziplin „Bewaffnete Haufen".[44])

42) So auch Ammon, S. 57, Cron, S. 34, Rissom, S. 206, Rittau, Romen-Rissom u. a.; a. M. Calker, Thiessen, Battenberg, Girginoff u. a.

43) a.a.O. S. 197, 198.

44) vgl. Moltke im Reichstag 1872.

Je strenger die Disziplin, desto größere Schlagkraft eines Heeres, je größere Schlagkraft eines Heeres, desto größere Erfolgsmöglichkeiten im Ernstfalle. Die konsequente Fortführung dieses Gedankens bedeutet aber die Forderung der unbedingten Gehorsamspflicht. Parlamentarische Heere, in denen jeder erst lange über die Ausführung eines Befehls debattieren kann oder darf, werden nie etwas in der Welt erreichen. Bei der schärfsten Verfechtung dieses Gedankens wird man aber Ausnahmen machen müssen, da eine Schwächung der Disziplin durch unvernünftige Vorgesetzte ebenfalls vermieden werden muß. Hierauf werden wir später noch zu sprechen kommen.

### 4. Der rechtmäßige Befehl.

Die militärischen Befehle in ihrer Gesamtheit stellen sich dar als Handlungen der Vorgesetzten, die wie alle anderen Handlungen der Wertung durch die Rechtsordnung unterliegen und unterliegen müssen.

Man spricht von sogenannten Rechtsmäßigkeitsvoraussetzungen. Diese können sowohl formeller, wie materieller Natur sein. Erst wenn formelle und materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, kann man von einem rechtmäßigen Befehl sprechen. Fehlt eine dieser beiden, so verstößt der erteilte Befehl gegen die Rechtsordnung und ist somit rechtswidrig.[45]) Zu den formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gehören insbesondere die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Vorgesetzten, die ihn zu der Erteilung des Befehls berechtigen. Es muß aber auch die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Befehlsempfängers vorliegen. Ueber die örtliche Zuständigkeit brauchen nicht viele Worte verloren werden, da sie eine Selbstverständlichkeit ist. Sachliche Zuständigkeit liegt dann vor, wenn Befehlsgeber und Befehlsempfänger zur Erteilung und Entgegennahme des Befehls berechtigt sind.[46])

Es scheint besser den Kern der Sache zu treffen, wenn die sachliche Zuständigkeit von der Art des Befohlenen abhängig gemacht wird. Für die Gehorsamspflicht des Untergebenen sind bestimmte Grenzen gesetzt. Befindet sich die durch den Befehl angeodnete Tätigkeit innerhalb dieser Grenzen, so liegt sachliche Zuständigkeit vor.[47])

Die Form des Befehls spielt in diesem Zusammenhange keine Rolle, da wir oben gesehen haben, daß sie überhaupt unmaßgeblich ist, vorausgesetzt, daß irgendein Befehl in der Aeußerung des Vorgesetzten vermutet werden kann.

45) So auch Ammon, S. 34 und Cron, S. 46.
46) M. E. Mayer, Festschrift S. 126.
47) Gl. M. v. Ammon, S. 38, 39.

Die materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind dann gegeben, wenn bestimmte objektive Tatsachen vorliegen, die den Vorgesetzten nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu dem Befehl zwingen. Das Vorliegen dieser objektiven Tatsachen wird durch die bloße Annahme des Vorhandenseins nicht ersetzt, mag der Vorgesetzte auch pflichtmäßig gehandelt haben.[48])

Rechtmäßig und demnach verbindlich ist also jeder innerhalb der Grenzen der allgemeinen Zuständigkeit gegebene auf pflichtmäßigem Ermessen beruhende Befehl, auch wenn die nachträgliche sachliche Prüfung ergibt, daß er durch die militärische Notwendigkeit nicht geboten war, also nicht hätte gegeben werden dürfen. Wie sind rechtmäßige Befehle zu befolgen? Die militärischen Belange verlangen eine schnelle pünktliche und gewissenhaft genaue Befehlsausführung. Dies gilt jedoch nur generell. Im Einzelfall kann sehr leicht der Fall auftreten, daß ein Befehl nicht sofort ausgeführt werden kann, weil dies sonst einen ungleich großen Schaden zur Folge haben könnte. In diesem Falle übernimmt der Befehlsempfänger allerdings die Verantwortung für die verspätete Befehlsausführung. Solche Fälle können sein: Außerachtlassung des Gebotes der Geländeanpassung und damit verbundene Aufzeigung der eigenen Stellung, unter Umständen damit eine Veränderung der Position, widersprechende Befehle zweier Vorgesetzter. In diesem Falle ist demjenigen Vorgesetzten, der den letzten Befehl erteilt hat, von dem ersten Befehl Mitteilung zu machen. Wenn dieser dennoch auf der Ausführung seines Befehles beharrt, so ist dieser Befehl allein auszuführen. Der betreffende Vorgesetzte trägt dann die Alleinverantwortlichkeit.[49])

Allgemein gilt: Der Untergebene ist nicht mehr zur Befolgung des erhaltenen Befehls verpflichtet, wenn er auf Grund sorgfältiger Prüfung zu der Ueberzeugung gekommen ist, daß die Ausführung des Befehls in diesem Zeitpunkt dem Dienstinteresse widerspricht und einen ungleich größeren Schaden bewirken würde, als die Nichtausführung. Voraussetzung hierbei ist, daß keine Zeit vorhanden ist, einen neuen Befehl einzuholen. Der Nachdruck liegt hierbei auf der sorgfältigen[50]) Prüfung. Außer dem genannten Falle besteht für den Untergebenen bezw. Befehlsempfänger keine Rechtfertigung einen erhaltenen rechtmäßigen Befehl nicht auszuführen.

### 5. Der rechtswidrige Befehl.

#### a) Begriffsbestimmung.

Da wir so die formellen und sachlichen Voraussetzungen als maßgebend für die Rechtmäßigkeit eines Befehls kennengelernt haben,

48) Gl. a. M. Cron, S. 46/47, Ammon 33/39.
49) RMG 6, 98; 4, 277.
50) Der Untergebene kann sich bei mangelhafter Prüfung wegen fahrlässigen Ungehorsams strafbar machen. RMG 10, 158; 17, 142.

kann die Begriffsbestimmung eines rechtswidrigen militärischen Befehls nicht allzu schwierig sein.

Ein rechtswidriger militärischer Befehl liegt dann vor, wenn es an einer formellen oder materiellen Rechtsmäßigkeitsvoraussetzung fehlt. Es gibt jedoch auch hier eine Ausnahme. Wenn der befehlende Vorgesetzte auf Grund eines Irrtums einen Befehl gegeben hat gilt folgendes: War der Irrtum des befehlenden Vorgesetzten, sei es über die tatsächlichen Voraussetzungen oder über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Befehls entschuldbar und das Ermessen pflichtmäßig, so wird das auf Grund dieses Ermessens befohlene durch das Gesetz, das die Entscheidung dem Ermessen den Vorgesetzten überläßt, gedeckt. Auch der sachlich ungerechtfertigte Befehl ist dann rechtmäßig. War dagegen der Irrtum nicht entschuldbar, dann ist der durch das Wesen des militärischen Dienstes nicht gebotene, unsachgemäße Befehl rechtswidrig.

b) Wirkungen des rechtswidrigen Befehls.

I. Für den Untergebenen:

Wie wirkt sich nun der rechtswidrige Befehl für den Befehlsempfänger aus?

Nach § 47 MStGB ist der den Befehl erteilende Vorgesetzte stets allein verantwortlich, wenn durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt wird. Den gehorchenden Untergebenen trifft aber die Strafe des Teilnehmers, wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat, oder wenn ihm bekannt war, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte. Hiermit sind die Grenzen der Verantwortlichkeit zwischen befehlendem Vorgesetzten und ausführendem Untergebenen gezogen. § 47 besagt jedoch nichts darüber, ob und wann der Untergebene einem rechtswidrigen Befehl zu gehorchen hat. Schwinge weist die Lösung dieser Frage dem Staats- und Verwaltungsrecht zu.[51]) Dieser Ansicht können wir vollinhaltlich beistimmen, da § 47 nur bestimmt, inwieweit ein Untergebener, der durch Befolgung eines Dienstbefehls äußerlich einen strafbaren Tatbestand verwirklicht, von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit dadurch befreit ist.[52])

Führertum umfaßt neben den Rechten auch Pflichten. Wer einem anderen Befehle erteilen darf, darf sich nie darauf berufen, daß die Ausführung des Befehls von ihm anders gedacht gewesen sei. Er muß von dem Augenblick ab, da er den Befehl gibt, auch dafür ver-

51) Schwinge a.a.O. S. 101.
52) RGSt 59, 335, zitiert bei Schwinge, S. 101.

antwortlich sein. Wohin kämen Autorität und die Disziplin des Untergebenen, wenn sie nicht ihre Rückendeckung durch die grundsätzliche Alleinverantwortlichkeit desjenigen erhielten, der irgendeine Handlung oder ein Unterlassen befiehlt?

Dies gilt für jede militärische Handlung, die auf Befehl geschieht, aber auch für den Fall des rechtswidrigen bindenden Befehls, des Befehls in Dienstsachen, der eine strafbare Handlung bezweckt. Wesentlich ist hierbei, daß der Vorgesetzte durch die Erteilung des Befehls eine strafbare Handlung beabsichtigt haben muß. Motiv der Befehlserteilung muß die Herbeiführung eines Erfolges gewesen sein, den das Militärstrafgesetzbuch als Vergehen oder Verbrechen unter Strafe stellt. Es sind also nur die Handlungen, die ihrem Tatbestand nach in das MStGB aufgenommen und mit Strafe bedroht sind, militärische Verbrechen oder Vergehen. Uebertretungen sind dem MStGB fremd.

v. Ammon [53]) glaubt den Wortlaut des § 47 II dahin auslegen zu dürfen, daß unter der Handlung, die ein Vergehen oder Verbrechen bezwecke, eine Handlung des Vorgesetzten, mit anderen Worten die Befehlserteilung, zu verstehen sei. Es könne sich nicht um eine Handlung des Untergebenen handeln, denn aus der Kenntnis des Untergebenen von der Eigenschaft jener Handlung folge ja erst die Gehorsamsverweigerungspflicht des Untergebenen, daraus wiederum die Qualifikation seiner den Befehl zur Ausführung bringenden Handlung. Diese Ansicht erscheint jedoch abwegig. Wohl stimmen wir mit Ammon überein, daß der Wortlaut des § 47 in einem besseren Deutsch abgefaßt hätte werden können. Ammon übersieht jedoch vollkommen, daß es sich nach dem Wortlaut: . . . eine Handlung betraf, die . . . bezweckte, um eine zukünftige Handlung handelt. Somit kommt nur die Handlung des Untergebenen in Frage. Erst aus der Kenntnis des Untergebenen heraus, daß die von ihm auszuführende Handlung einen verbrecherischen Zweck besitzt, folgt die Gehorsamsverweigerungspflicht.

Man wird aus Gründen der Disziplin dem Untergebenen, der einen Befehl erhalten hat, weder gestatten noch auferlegen können den Befehl erst langwierig auf seine Erlaubtheit in bezug auf § 47 Ziff. 2 nachzuprüfen. Für den Untergebenen heißt es und muß es heißen: Führe ich einen erhaltenen Befehl infolge irgendwelcher Skrupeln nicht aus, dann gnade mir Gott. Er wird daher stets sofort den Befehl ausführen, ohne sich viele Gedanken über das Beabsichtigte zu machen. Damit stimmt auch die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts überein. Der Untergebene muß die positive Gewißheit gewonnen haben,

53) v. Ammon a.a.O. S. 59.

daß der Befehl objektiv die Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens zum Gegenstand hat. Es genügt nicht, wenn er Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Befehls hatte oder wenn er sich hätte sagen müssen, daß der Befehl auf etwas Verbotenes gerichtet sei. Nachforschungen oder Erwägungen hierüber anzustellen, ist er nicht verpflichtet.[54])

Kann ein rechtswidriger Befehl überhaupt bindend sein? Rechtswidrigkeit und Bindung schließen sich dergestalt aus, daß das Vorliegen der Rechtswidrigkeit eine bindende Kraft unmöglich macht. Dies folgt aus der Natur der Rechtswidrigkeit als dem Widerspruch zur Rechtsordnung. „Die Annahme eines zugleich rechtswidrigen und verbindenden Befehls ist ganz unhaltbar".[55]) Dieser Ansicht wäre beizupflichten, wenn in dem gesamten Gebiete des geltenden Rechts bindende rechtswidrige Befehle ausgeschlossen wären, wenn der Begriff der Rechtswidrigkeit in der gesamten Rechtsordnung ein einheitlicher wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. „Staatshoheitsakte werden mitunter noch als rechtmäßig angesehen, wo sie an sich nicht mehr rechtmäßig sind".[56]) Ein Staatsakt kann gültig, wenn auch anfechtbar sein, trotzdem im Entstehungsakt Mängel vorgekommen sind.[57]) Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist nur insoweit einheitlich als Rechtswidrigkeit Rechtsnormwidrigkeit bedeutet (Formeller Rechtswidrigkeitsbegriff). „Materielle Unterschiede in der Rechtswidrigkeit bestehen zweifellos, sie ergeben sich insbesondere aus der Verschiedenheit der Ordnungen, in denen der einzelne steht, . . . Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ist stets festzustellen anhand der gesamten Rechtsordnung unter Würdigung und Abwägung aller einschlägigen Interessen und Ausgleichung aller im Gesetz in Erscheinung tretenden Ordnungs- und Wertgesichtspunkte. Die getroffene Feststellung gilt dann allgemein und schlechthin." [58])

Dies gilt insbesondere auf dem Gebiete des Wehrrechts, da dem Staat das Interesse an strikter Wahrung jederzeitiger Schlagfertigkeit des Heeres wichtiger ist als das Interesse an Einhaltung der Strafrechtsordnung. Die Pflicht dienstlichen Befehlen zu gehorchen, geht der Pflicht fremde Rechtsgüter zu achten vor.[59]) Entscheidend muß freilich in diesem Zusammenhange bleiben, ob das Befohlene überhaupt materiell im militärischen Dienste befohlen werden kann. Auf der anderen Seite muß der Staat selbstverständlich dafür Gewähr leisten,

54) RMG 8, 140; 13, 180.
55) M.E. Mayer, Festschrift: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, S. 137.
56) Otto Mayer Verwaltungsrecht Band I S. 360.
57) Schwinge, a.a.O. S. 102.
58) vgl. Engisch: Die Einheit der Rechtsordnung, S. 58.
59) vgl. Schwinge, S. 102.

daß mit diesem „Freibrief" kein Mißbrauch getrieben wird. Dies geschieht auch durch die sorgfältige Führerauslese.

Somit wird sich die Frage der Verbindlichkeit eines rechtswidrigen Befehls nie allein nach der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu richten haben. Es muß zweierlei Beurteilung des durch Befehl gedeckten Staatsaktes stattfinden.[60])

Wenn nun der erteilte rechtswidrige Befehl bindend ist, dann muß der Untergebene auch gehorchen und damit handelt er bei der Ausführung des Befehls auf Grund einer Rechtspflicht, der Gehorsamspflicht, die die Grundlage der Wehrmacht überhaupt bildet.[61]) Ist aber das Ausführen des Befehls rechtmäßig, so steht dem Ausführenden ein Rechtfertigungsgrund zur Seite.[62]) Eine objektiv rechtmäßige Handlung kann nie einen Schuldausschließungsgrund bilden, da ein Ausschließungsgrund das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung verlangt. In diesem Falle liegt aber keine rechtswidrige Handlung auf Seiten des Untergebenen vor. Man muß jedoch auch hier wieder doppelt rechnen. Rein staatsrechtlich ist der rechtswidrige Befehl, wie wir oben gesehen haben, bindend, rein strafrechtlich jedoch nicht, da in bestimmten Fällen § 47 für die Ausführung eine Strafe androht. Genau so ist es auch mit der Qualifikation der Handlung, die der Untergebene ausführt. Die staatsrechtlich gesehen auf Grund der Gehorsamspflicht, also rechtmäßig, ausgeführte Handlung bleibt rein strafrechtlich gesehen rechtswidrig. Da die Handlung bei der Berücksichtigung beider Gesichtspunkte wohl kaum als objektiv rechtmäßig zu erklären sein wird, könnte für den Untergebenen nur ein Schuldausschließungsgrund in Frage kommen. Dennoch sträubt sich das gesunde Gefühl dagegen zugunsten des handelnden Untergebenen nur einen Schuldausschließungsgrund anzunehmen. Der auf Befehl handelnde Untergebene muß geschützt werden. Wie könnte dies besser geschehen als durch die Erklärung, daß die Handlung für ihn dadurch, daß er auf Grund der Gehorsamspflicht gehandelt habe, gerechtfertigt werde? Einen Entschuldigungsgrund wie Schwinge [63]) annahm, hieße die Gehorsamspflicht und ihre Beachtung doch etwas herabwürdigen. Nun sträubt sich allerdings das Gefühl dagegen einen Rechtfertigungsgrund auch dann anzunehmen, wenn der Befehl aus einem anderen Motiv heraus als aus dem der Erfüllung einer Rechtspflicht durchgeführt wird. Das Bewußtsein der Erfüllung einer tatsächlichen Rechtspflicht ist es, daß die Ausführungen einer Handlung erst vollends rechtmäßig

60) vgl. Schwinge, a.a.O. S. 103.

61) vgl. Artikel 5, Absatz 2, Satz 1 der Berufspflichten des deutschen Soldaten vom 9. 5. 1930.

62) Aehnlich Köhler, Deutsches Strafrecht S. 382 ff., a. M. Cron, S. 59, Frank z. a.

63) Schwinge, a.a.O. S. 105.

macht.[64]) Wird diese Handlung jedoch ohne dieses Bewußtsein ausgeführt, so wird dadurch die Handlung doch nicht rechtmäßig, mag ihre Bedeutung auch noch so groß sein. Insoferne stimmen wir mit Cron nicht überein. In diesem Falle gewinnt der ausführende Untergebene lediglich einen Schuldausschließungsgrund.

Derjenige, der einen Befehl, der bindend, wenn auch rechtswidrig ist, nur in dem Bewußtsein der Erfüllung der Gehorsamspflicht ausführt, handelt sonach vollkommen rechtmäßig, während der andere, der aus irgendwelchen Motiven heraus die Handlung begeht, wohl rechtswidrig, wenn auch nach dem heutigen Stand der Militärstrafgerichtsbarkeit straffrei handelt.

In diesem Zusammenhange muß noch auf die Lehre vom Irrtum eingegangen werden. Man unterscheidet Tatbestands- und Verbotsirrtum. Der Verbotsirrtum umfaßt 2 Unterarten: Die Unkenntnis der allgemeinen Verbotsnorm und die irrige Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes. Die Wirkung des Tatbestandirrtums besteht in dem Ausschluß des Vorsatzes, die Wirkung des Verbotsirrtums in dem Ausschlusse der Schuld, soferne der Irrtum entschuldbar war.[65]) Das Reichsgericht nimmt einen etwas anderen Standpunkt ein. Hiernach schließt die Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen tatsächlicher Natur stets den Vorsatz aus, bei Tatbestandsmerkmalen rechtlicher Natur kommt es darauf an, ob es sich um einen Begriff strafrechtlicher oder außerstrafrechtlicher Natur handelt. Nur soweit der Verbotsirrtum Tatirrtum ist, wie beispielsweise der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr, wird er entschuldigt. Das RMG schließt sich dieser Auffassung an. Hiernach schützt der Verbotsirrtum nicht vor Strafe. „Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist keine allgemeine Voraussetzung für die Zurechnung der Tat." [66]) Wenn der Irrtum die tatsächlichen Grundlagen eines Rechtfertigungsgrundes betrifft, ist er als Tatirrtum im Sinne des § 59 StGB beachtlich, ebenso die irrtümliche Annahme eines außerstrafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes, z. B. eines Züchtigungsrechtes. Der Tatbestandsirrtum ist dann unbeachtlich, wenn es sich um einen Irrtum über Tatbestandsmerkmale rechtlicher Natur und hier wieder um einen Irrtum über strafrechtliche Begriffe handelt, z. B. den Irrtum über die Soldateneigenschaft. Hingegen ist der Tatbestandsirrtum über außerstrafrechtliche Begriffe, z. B. über die Vorgesetzteneigenschaft beachtlich. Der Irrtum über Tatbestandsmerkmale tatsächlicher Natur ist immer beachtlich.

64) vgl. M. v. Ammon S. 84, a. M. Cron S. 58, 59, Calker S. 121.
65) vgl. Graf Dohna, Recht und Irrtum, S. 22.
66) RMG. 12, 244, zit. bei Schwinge S. 115.

Hält hiernach der Untergebene einen unverbindlichen Befehl für einen bindenden, führt ihn gleichwohl aus irgendeinem Grunde nicht aus, so hat er sich nach dem Willensstrafrecht wohl strafbar gemacht. Es wird jedoch kaum einen Menschen geben, der ihn deswegen bestraft wissen wollte, da dies schließlich eine Ueberspitzung selbst der subjektiven Theorie bedeuten würde. Anders jedoch, wenn er in der Annahme der Verbindlichkeit diesen Befehl auch ausführt. In diesem Falle handelt er zweifellos widerrechtlich. Er handelt jedoch in einem Irrtum über seine Gehorsamspflicht in der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes. Wenn der Untergebene einen rechtswidrigen Befehl als einen rechtmäßigen betrachtet, handelt er im Irrtum über die Befugnis des Vorgesetzten den Befehl zu erteilen. In beiden Fällen bleibt er straffrei. Es ist noch der Fall zu prüfen, daß der Vorgesetzte eine Anordnung erlassen hat, die innerhalb des Rahmens dessen bleibt, was dienstlich befohlen werden kann, während der Untergebene der Meinung ist, die Anordnung sei für ihn unverbindlich, weil der Mindesttatbestand eines Befehls in Dienstsachen nicht erfüllt sei. Hier handelt es sich um einen Irrtum über einen unter besonderen Schutz gestellten Rechtsbegriff, der keine Entschuldigung begründen kann.[67])

Zu erwägen wäre weiter, ob der Begriff der Notwehr und des Notstandes bei Erteilung eines rechtswidrigen Befehls gegen den Vorgesetzten anwendbar ist. Grundsätzlich sind die Bestimmungen des § 53 StGB auch auf das Wehrstrafrecht anzuwenden. Dies gilt jedoch nur, soweit es mit den besonderen Bedürfnissen der Wehrmacht und der Rücksicht auf die Erhaltung der Manneszucht zu vereinbaren ist. Notstand im Sinne des § 54 StGB und Nötigungsstand im Sinne des § 52 StGB können im Militärrecht nur insoweit gelten, als § 49, I MStGB dafür Raum läßt. Hiernach wird die Verletzung einer Dienstpflicht aus Furcht vor persönlicher Gefahr ebenso bestraft wie die Verletzung einer Dienstpflicht aus Vorsatz.

Man kann hiernach keine allgemeingültige Regel über das Recht der Notwehr, des Notstandes und des Nötigungsstandes des Untergebenen gegenüber dem befehlenden Vorgesetzten aufstellen. Es wird vom jeweiligen Tatbestande abhängen, ob eines dieser drei Rechte zur Anwendung kommen kann.

Wann haftet der Untergebene? § 47 verlangt eine Kenntnis des Untergebenen über den Charakter der befohlenen Handlung. Außerdem muß bei ihm die Kenntnis von der verbrecherischen Absicht des Vorgesetzten positiv vorhanden gewesen sein, d. h. die Begehung der Straftat muß Zweck seines Handels gewesen sein und der Untergebene muß die Absicht des Vorgesetzten gekannt haben, zwar nicht der recht-

67) RMG 5, 152; 8, 144.

lichen Qualifikation, wohl aber der Bedeutung nach. Zweifel hinsichtlich des vom Vorgesetzten verfolgten Zweckes reichen ebensowenig aus wie fahrlässige Unkenntnis. Die Vorstellung, daß die Ausführung des Befehls objektiv die Begehung eines Vergehens oder Verbrechens zur Folge habe, genügt für sich allein noch nicht.[68]) § 47, Ziff. 2, wird also nur dann erfüllt sein, wenn der Untergebene darüber Gewißheit gewonnen hatte, daß der Befehl eine Handlung betraf, womit der Vorgesetzte ein Verbrechen oder Vergehen bezweckte.

Wie haftet der Untergebene, wenn bei ihm § 47, Ziff. 2, zutrifft? Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung spricht von Teilnahme. Welche Form der Täterschaft in Frage kommt, wird wieder vom jeweiligen Tatbestand abhängen müssen.[69])

Schließlich haftet der Untergebene nach der Gesetzesbestimmung als Teilnehmer, wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat. Soweit die Ueberschreitung des Befehls als solche in Frage kommt, dürfte der Untergebene jedoch als Alleintäter haften.[70])

Wie soll sich der Untergebene nach dem Vorgesagten gegenüber einem rechtswidrigen Befehl nach § 47 Ziff. II verhalten? Feststeht, daß ein Befehl nach § 47 Ziff. II nicht bindend ist, da sich der Untergebene ja strafbar machen würde. Um der Gefahr der Strafbarkeit aus dem Wege zu gehen, darf also der Untergebene den Befehl nicht ausführen. Kann er unter Berufung darauf einfach den Gehorsam verweigern? Dies dürfte kaum angängig sein, da der einzelne selten den Befehl unter vier Augen erhalten haben dürfte. Eine stillschweigende oder — wenn auch nur scheinbar — ausdrückliche Gehorsamsverweigerung würde auf andere in der Nähe befindliche Untergebene einen üblen Eindruck zu machen in der Lage sein. Der Untergebene muß daher dem Vorgesetzten in geeigneter Weise Gegenvorstellungen machen, insbesondere ihn auf das Verbotene seiner Handlungsweise aufmerksam machen. Wenn der Vorgesetzte dennoch auf der Durchführung seines Befehls beharrt, muß der Untergebene den Gehorsam verweigern, eine in der Praxis unmögliche Tatsache. Hierauf werden wir später im Abschnitt De lege ferenda noch einzugehen haben.

### II. Für den Vorgesetzten.

Das gesunde Rechtsgefühl verlangt, daß irgendjemand für den durch einen bindenden rechtswidrigen Befehl erzielten rechtswidrigen

68) vgl. Schwinge, a.a.O. S. 106.

69) Siehe die Ausführungen über Teilnahme im folgenden Abschnitt über die Haftung des Vorgesetzten.

70) vgl. die Ausführungen von Rathke, Täterschaft und Teilnahme bei auf militärischen Befehl begangenen Verbrechen.

Erfolg verantwortlich sein muß. Wir haben oben gesehen, daß abgesehen von den Bestimmungen des § 47, Ziff. 1 und Ziff. 2 der den Befehl Ausführende nicht strafbar, ja im Einzelfalle schuldlos ist. Dafür ist der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Wie macht sich der Vorgesetzte strafbar?

Bevor wir hierauf eingehen können, müssen wir uns mit dem Begriff der Täterschaft ganz allgemein beschäftigen. Uebereinstimmend stellt die deutsche Literatur fest: Täter kann nur der sein, der eine Ursache zur Verwirklichung des strafbaren Erfolgs gesetzt hat.[71]) Ob diese Verursachung allein für die Annahme der Täterschaft genügt, darüber bestehen zwei Lehrmeinungen.

Die restriktive Täterlehre erklärt: Täter ist der, der in eigener Person eine typische Täterhandlung vornimmt, worunter eine Handlung zu verstehen ist, die die allgemeine Tendenz hat, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen. Ihr gegenüber steht die extensive Täterlehre, nach der jeder Täter ist, der für die Verwirklichung eines Tatbestandes eine Ursache setzt mit Ausnahme der Anstiftung und Beihilfe. [72])

Der Wert der extensiven Täterschaft liegt darin, daß sie den Hilfsbegriff der mittelbaren Täterschaft überflüssig macht,[73]) während andererseits nach Ansicht Oetkers und Schwinges [74]) in der restriktiven Täterlehre über die Frage des Täterbegriffs die Anschauung des Volkes herangezogen wird. Der Anschauung des Volkes entspräche es niemals jemand bloß auf die Tatsache hin als Täter zu bezeichnen, daß er eine Bedingung zum Erfolg gesetzt habe. Ueberall höben sich charakteristische typische Begehungsweisen aus den Erfolgsbedingungen heraus, auf welche die Wertung des täglichen Lebens allein den Täterbegriff zur Anwendung bringe. Die extensive Täterlehre tue dem Gesetz ebenso Gewalt an wie dem gesunden Volksempfinden, denn nirgendwo im Leben werde jemand schon auf die Tatsache hin als Täter bezeichnet, daß er irgendeine Ursache für den Enderfolg gesetzt habe. So sähen sich auch alle Vertreter der extensiven Täterlehre gezwungen, „Maßprinzipien" einzuführen, die einer grundsätzlichen Aufgabe ihres Standpunktes gleichkämen, so vor allem, daß sie für eine Verwertung des Adäquanzgedankens eintreten.[75])

71) vgl. Schwinge S. 90.

72) Die Begriffe restriktive und extensive Täterschaft stammen von Zimmerl, zitiert bei Schwinge S. 89.

73) Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der seinerseits nicht zurechnungsfähig oder wegen Irrtums, Nötigung, Notwehr oder dergl. schuldlos oder zwar schuldhaft, aber nicht mit Täter-, sondern nur mit Gehilfenvorsatz handelt, vgl. Dalke 1935 S. 978, v. Ammon S. 86, Schwinge S. 107.

74) Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines allgemeinen Deutschen Strafrechts, S. 116; Schwinge S. 91.

75) vgl. Schwinge S. 90, 91.

Die verschiedenen Formen der Täterschaft sind: Alleintäterschaft (diese umfaßt die unmittelbare Täterschaft und die mittelbare), Mittäterschaft, Nebentäterschaft, die verschiedenen Formen der Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe, Teilnahme in besonderen Fällen), Komplott und Bande und Teilnahmehandlungen als Sonderdelikte. In unserer Betrachtung fallen Nebentäterschaft, Komplott, Bande und Teilnahmehandlungen als Sonderdelikte weg.

Auch die Form der unmittelbaren Täterschaft kann hier ausgeschieden werden. Mittäterschaft liegt dann vor, wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen und dabei das Bewußtsein gemeinschaftlichen Zusammenwirkens haben.[76]) Hierbei ist wesentlich, daß jeder der Beteiligten gewillt und fähig sein muß, das ganze Delikt zu verüben, außerdem muß das Mitwirken der mehreren Beteiligten vorsätzlich sein und jeder muß zu dem Delikt mitwirken. Eine gemeinschaftliche Ausführung kann jedoch von Seiten des Vorgesetzten im Regelfalle nicht in Frage kommen.

Für die Qualifikation der Handlung des Vorgesetzten im einzelnen kommen also nur die verschiedenen Formen der Teilnahme in Frage. Anstiftung verlangt zwei Vorbedingungen:

1. Erzeugung des Entschlusses zur Tat in einem anderen,
2. vorsätzliche Ausführung der Handlung durch den anderen.

Beihilfe ist vorsätzliche Unterstützung eines anderen bei Begehung einer strafbaren Handlung durch Rat und Tat. Teilnahme in besonderen Fällen liegt ausschließlich vor, wenn entweder mehrere Teilnahmehandlungen zusammentreffen oder Sonderumstände bei Täter oder Teilnehmer vorliegen.

Ueber die Scheidung von Täterschaft und Teilnahme bestehen zwei Theorien. Die subjektive Theorie unterscheidet die Teilnahme von der Täterschaft nach dem subjektiven Moment der Willensrichtung (animus auctoris und animus socii), die objektive nach der objektiven Art der tatsächlichen Mitwirkung der verschiedenen Personen zu dem verbrecherischen Erfolg.

Für unser Problem ergeben diese Darlegungen folgendes:

1. Liegt der Fall des § 47, Satz 1 vor, so kann für den Vorgesetzten nur mittelbare Täterschaft in Frage kommen, da für den Untergebenen ja jegliche Schuld in Wegfall kommt.
2. Besaß der Untergebene die in § 47, Ziff. 2 verlangte Kenntnis der Handlung nicht und hat er gemäß § 47, Ziff. 1 den erteilten Befehl überschritten, dann haftet der Vorgesetzte wohl für die Ueberschreitung des Befehls nicht, er ist jedoch insoweit, als

76) RMG 16, 208; 22, 156.

die Handlung sich mit dem Befehl deckt, als mittelbarer Täter verantwortlich.

3. Liegen die Voraussetzungen des § 47, Ziff. 2 vor, so kann es für den Vorgesetzten gleichgültig sein, ob der Untergebene den Befehl überschritten hat oder nicht. Hier haftet der Vorgesetzte nach der subjektiven Teilnahmelehre je nach der Willensrichtung als Mittäter oder Anstifter, nach der objektiven Teilnahmelehre wird regelmäßig nur Anstiftung anzunehmen sein, da der Vorgesetzte sich im allgemeinen an der tatbestandsmäßigen Ausführung kaum beteiligen wird.

Wir können nunmehr auch die Art der Beteiligung des Untergebenen im Falle des § 47, II feststellen.[77]) Wir haben bei der Betrachtung der Wirkungen des rechtswidrigen Befehls für den Untergebenen gesehen, daß dieser im Falle des § 47, Ziff. 2 nicht mehr bindend ist. Der Untergebene verwirklicht, wenn er einem unverbindlichen Befehl nachkommt, seinen eigenen verbrecherischen Willen eine strafbare Handlung zu begehen. Werkzeug des Vorgesetzten kann er in diesem Falle nicht sein, weil er auf Grund eigenen Entschlusses handelt, Gehilfe kann er nicht sein, weil er seinen eigenen Entschluß durch Ausführung einer tatbestandsmäßigen Handlung verwirklicht hat. Er ist daher alleiniger Täter.

### III. Für einen Dritten.

Teilnahme eines Dritten bei der Ausführung eines den Beauftragten bindenden rechtswidrigen Befehls ist nicht möglich. Eine Teilnahme im Sinne des Gesetzes fordert ja vor allem eine strafbare Handlung, die gemeinschaftlich ausgeführt wird. Nun begeht der, der den Befehl zur Ausführung bekommen hat, keine strafbare Handlung, also kann der andere kein Teilnehmer im Sinne des Gesetzes sein. Für den teilnehmenden Dritten stellt sich das Mitwirken an der Handlung als eine gesonderte Straftat dar, da er ja durch keinen schuldausschließenden, geschweige denn rechtfertigenden, Grund zur Mitwirkung berufen wurde. Die mittelbare Täterschaft des den Befehl erteilenden Vorgesetzten ist aber bereits in dem Augenblick abgeschlossen, in dem er den Befehl erteilt hat, es kann daher auch keine Rede davon sein, daß der Dritte durch seine Handlung Mittäter bei der strafbaren Handlung des Vorgesetzten sei.

Für den Fall des nach § 47, II eine Straftat verübenden Untergebenen, ist zweifellos die Möglichkeit einer Teilnahme von Seiten eines Dritten zu bejahen, da hier eine Straftat vorliegt. Die Teilnahme einer Zivilperson an einem militärischen Delikt kann jedoch für

77) vgl. hierzu die treffende Ausführungen von Rathke, a.a.O.

diese selbst niemals ein militärisches Delikt sein, da hier die Vorbedingung der Verletzung des militärischen Pflichtverhältnisses nicht vorliegt. Die Straftat bleibt für die Zivilperson gemeines Delikt.[78])

Der durch die Ausführung des Befehls betroffene Dritte wird der Ausführung des Befehls durch den Untergebenen keine Abwehr entgegensetzen können, vorausgesetzt, daß die durch den Untergebenen vorgenommene Handlung rechtmäßig ist.[78 a]) Dies ist sie, wenn der Untergebene im Falle des § 47, Satz 1 nur in Erfüllung seiner Gehorsamspflicht handelt. Im anderen Falle [78 b]) kann dem Betroffenen unter Umständen ein Notstand zugebilligt werden, da Notstand auch gegenüber Verhältnissen in Frage kommen kann, die aus behördlicher Anordnung erwachsen.[79]) Es würde unverständlich erscheinen, wenn diese Anordnung nicht auf das Heer ausgedehnt werden könnte. Praktisch bedeutsam wird dies jedoch kaum werden, da es dem Betroffenen in der Regel unmöglich sein wird zu ermitteln, aus welchem Motiv der Untergebene handelt.

Im Falle des § 47, II, wo sich die Handlung des Untergebenen als rechtswidrig darstellt, steht dem Betroffenen das Recht der Notwehr zur Seite.

## IV. Strafbestimmungen.

Daß der Untergebene einen binden rechtswidrigen Befehl ausführen muß, daß entsprechend die Nichtausführung eines bindenden rechtswidrigen Befehls für den Untergebenen strafbar ist ebenso wie die Erteilung des Befehls durch den Vorgesetzten, haben wir oben erkannt. Das MStGB ahndet daher auch beide.

In den § 92 mit 97 sind die Strafbestimmungen für den Fall des Ungehorsams aufgeführt. Die §§ 95 und 97 scheiden aus unserer Betrachtung aus, da sie schwere Fälle von Ungehorsam, Widersetzung und Tätlichkeit gegen Vorgesetzte betreffen. Die für uns maßgeblichen Strafbestimmungen sind in den §§ 92 und 94 enthalten. Nach § 92 ist die vorsätzliche Nichtbefolgung eines Befehls unter Strafe gestellt. Hierzu ist erforderlich, daß die Nichtbefolgung des Befehls einen erheblichen Nachteil oder eine Gefahr herbeigeführt hat. Vorbedingung ist, daß der Befehl verbindlich war, d. h. daß er sich im Bereich dessen gehalten hat was im Bereich der Wehrmacht liegt. Eine Strafbarkeit nach § 92 liegt nicht vor, wenn der Vorgesetzte die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschreitet, nach Will-

78) vgl. Schönfeld: Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und militärischen Delikten in strafrechtlicher u. prozessualer Beziehung S. 53.

78a) Näheres über diese Streitfrage, vgl. Mezger Strafr. 227.

78b) vgl. die Ausführungen im Text nach Fußnotenziffer 64.

79) vgl. Dalke a.a.O. S. 990.

kür handelt oder gegen ausdrückliche gesetzliche Anordnungen verstößt. Zwischen den Ungehorsam und in § 92 angeführten Folgen muß ein kausaler Zusammenhang bestehen.

§ 94 stellt daneben auch das Beharren im Ungehorsam auf wiederholt erhaltenen Befehl unter Strafe. Dieser Tatbestand erfordert neben Vorsatz eine Befehlswiederholung zu einem Zeitpunkt, an dem bereits feststand, daß der erste Befehl nicht ausgeführt worden sei. Selbstverständlich ist hierbei, daß zu dem Zeitpunkt der Wiederholung der erste Befehl noch in Kraft gewesen sein muß. Schließlich müssen auch hier zur Bestrafung die in § 92 genannten Folgen eintreten.

Daß der Vorgesetzte, der einen bindenden wie auch unverbindlichen rechtswidrigen Befehl erteilt hat, sich weitgehend rechtfertigen muß, geht schon aus dem Wortlaut des § 47 hervor. In all diesen Fällen wird sich der Vorgesetzte gemäß den §§ 114, 115, 116 MStGB zu verantworten haben, die einen Mißbrauch der Dienstgewalt unter Strafe stellen. § 114 ahndet den Mißbrauch der Dienstgewalt zu nicht dienstlichen Zwecken. Dieser Mißbrauch liegt dann vor, wenn der Vorgesetzte in rechtswidriger Weise sein dienstliches Ansehen gegen den Untergebenen zur Geltung bringt und einen Druck auf ihn ausübt, um bestimmend auf seinen Willen einzuwirken.[80]) § 114 wird dann Anwendung finden, wenn der Untergebene zwar einen rechtswidrigen Befehl erhalten hat, diesen jedoch in Kenntnis der bezweckten strafbaren Handlung nicht ausgeführt hat.

§ 115 wäre eigentlich überflüssig. Er lautet: Wer durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergebenen zu einer von diesem begangenen, mit Strafe bedrohten Handlung, vorsätzlich bestimmt hat, wird als Täter oder als Anstifter mit erhöhter Strafe belegt. Nach bürgerlichem Strafrecht wäre diese Handlung ohnehin als Anstiftung strafbar. Der Gesetzgeber hat jedoch mit Rücksicht auf dringende militärische Interessen diesen Fall aus dem Rahmen des § 48 StGB herausgehoben. Voraussetzung für die Anwendung des § 115 ist, daß sich der Vorgesetzte des unbefugten Gebrauchs seiner Dienststellung bewußt gewesen sein muß. § 115 scheidet daher aus, wenn er sich für befugt gehalten hat, bei der Einwirkung auf den Willen des Untergebenen das zwischen ihnen bestehende Unterordnungsverhältnis in Erscheinung treten zu lassen. Sein Vorsatz muß darauf gerichtet gewesen sein, in dem Untergebenen den Entschluß zu einer strafbaren Handlung hervorzurufen. Ob der Vorgesetzte als Anstifter oder als Täter zu bestrafen ist, wird sich danach richten müssen, ob in der Person des Untergebenen nur die objektiven oder auch die subjektiven Voraussetzungen der Haupttat erfüllt sind. Schließlich bedroht § 116 auch den Versuch zu einem in § 115 aufgeführten Handlung.

80) RMG 9, 148.

## § 4. De lege ferenda.

Es besteht wohl kein Zweifel darüber, daß die heutige Regelung des Problems von bindenden rechtswidrigen Befehl in mehr als einer Beziehung nicht gerade zweckmäßig ist.

Folgende Punkte sind reformbedürftig:

1. Der Widerspruch von Rechtmäßigkeit und damit Verbindlichkeit des r. b. B. in staatsrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht,
2. Die verschiedenen Bezeichnungen von Befehlen, die sich mit dienstlichen Angelegenheiten beschäftigen.
3. Der Wortlaut des § 47.
4. Der Inhalt des § 47.

1. Der rechtswidrige Befehl ist im Falle der § 47 Satz 1 bindend, dagegen im Falle der Ziff. 2 nicht bindend. Soll der an Gehorsam gewöhnte Soldat weiter vor die Alternative gestellt werden bei Kenntnis des strafbaren Zweckes der befehlenden Handlung entweder sich zu verstellen um die Annahme eines bindenden Befehles nach § 47 Satz 1 für sich in Anspruch zu nehmen oder soll er dem Vorgesetzten das Ungesetzliche der befohlenen Handlung vor Augen stellen und damit unter Umständen wagen sich den Unwillen des Vorgesetzten zuzuziehen? Können diese Wertungswidersprüche zwischen staatsrechtlich bindend und strafrechtlich verantwortlich nicht aufgehoben werden?

2. Muß weiterhin der Unterschied zwischen Dienstbefehl und Befehl in Dienstsachen aufrechterhalten werden? Wir haben oben gesehen, daß diese beiden Begriffe nahezu identisch miteinander sind. Wesentlich für eine Unterscheidung von Befehlen verschiedener Art ist doch vielmehr die Abgrenzung des Befehls, der irgendwie mit dem Dienste zusammenhängt von dem Befehl, der hiermit nichts zu tun hat, mit dem Befehl in Privatsachen. Ist dies für den Soldaten nicht viel wichtiger als der feine Unterschied zwischen Befehl in Dienstsachen und Dienstbefehl?

Zu 3 und 4:

Wie wir oben gesehen haben, ist der Wortlaut des § 47 keineswegs glücklich. § 47 erfaßt einen Tatbestand, der überhaupt nicht zu ihm gehört, nämlich die Befehlsüberschreitung. Diese Bestimmung ist schon aus den allgemeinen Grundsätzen heraus überflüssig. Schließlich ist auch der Wortlaut des § 47 II nicht gerade ein Musterbeispiel für ein vorbildliches Deutsch. Zu 4: Wenn die Nichtbefolgung eines Befehls in Dienstsachen als Ungehorsam strafrechtlich oder disziplinär geahndet wird, so darf umgekehrt die Befolgung eines dienstlichen Befehls den Untergebenen in aller Regel nicht der Gefahr einer strafrechtlichen

81) Schwinge S. 243.

Verfolgung aussetzen. Dies gilt auch für das Begehen einer strafbaren Handlung durch den Untergebenen. Eine schlagfertige Wehrmacht ist auf dem unbedingten Gehorsam des Untergebenen aufgebaut und diese Gehorsamspflicht muß den Untergebenen in aller Regel vor strafrechtlicher Verfolgung schützen. Diejenigen Fälle, in denen der Untergebene die Befolgung eines dienstlichen Befehls ungestraft verweigern kann, müssen auf ein Mindestmaß beschränkt werden (Minist.Rat Grau in Wehrstrafrecht und allgemeines Strafrecht, S. 39).

Wie weit soll sich das Mindestmaß erstrecken? Rathke [82]) schlägt vor, den Untergebenen dann strafrechtlich verantwortlich zu machen, wenn er gewußt hat, daß der Vorgesetzte mit dem Befehl böswillig die Begehung einer strafbaren Handlung beabsichtigte, wobei böswillig die über den Vorsatz hinausgehende Absicht bedeuten soll. Cron [83]) betont, daß im Interesse der Disziplin der Untergebene in der Regel die Befehle des Vorgesetzten ohne Erwägung über Zweck und Anlaß pflichtgetreu ausführen müsse, andererseits müsse verhütet werden, daß ein verbrecherischer Vorgesetzter den Untergebenen dazu mißbrauche, die Rechtsgüter Dritter zu verletzen. Diese beiden Interessen glaubt er dadurch vereinen zu können, daß die Disziplin nur dann dem Interesse eines Dritten hintangestellt werden dürfe, wenn sich die befohlene Handlung offenbar als ein Eingriff in Leben, Gesundheit oder Freiheit eines Dritten darstelle. Der Bericht des Wehrrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht zur Neugestaltung des Militärstrafgesetzbuches [84]) schlägt vor, den Untergebenen, der durch die Ausführung eines Dienstbefehls ein Strafgesetz verletzt, nur dann zu bestrafen, wenn er bei der Ausführung des Befehls die Gewißheit hatte, daß dieser die Begehung einer strafbaren Handlung bezweckte. Grau [85]) meint schließlich dem § 47 folgende Fassung geben zu müssen: Verletzt ein Soldat ein Strafgesetz auf Befehl in Dienstsachen, so ist der befehlende Vorgesetzte verantwortlich. Der gehorchende Untergebene ist strafbar, wenn er bei Ausführung des Befehls gewußt hat, daß durch diesen die Begehung einer Straftat bezweckt war. Diesen Vorschlägen mangelt die klare Erkenntnis, daß es nach dem angestrebten Willensstrafrecht nicht darauf ankommt, ob der Untergebene die befohlene Handlung trotz ihres strafbaren Charakters ausführt, sondern aus welchen Motiven er sie ausführt. Soll hier nicht ein Unterschied gemacht werden müssen, ob der Untergebene nur aus Gehorsamsgefühl trotz der Erkenntnis der Strafbarkeit im Vertrauen auf die Autorität des Vorgesetzten, oder aus einem gewissen verbrecherischen Trieb heraus

82) Rathke, S. 44.
83) Cron, S. 84.
84) Seite 27.
85) Seite 40.

eine Handlung begeht, um sich hernach unter Berufung auf § 47 Satz 1 möglichst zu exkulpieren. Wir schlagen daher vor, die Befolgung eines rechtswidrigen bindenden Befehls straffrei zu lassen mit Ausnahme eines Verstoßes gegen die Bestimmungen über Hochverrat, Landesverrat usw., der Fahnenflucht, kurz aller Verstöße gegen das militärische Treueverhältnis und die Treuepflicht des Soldaten und schwerste Verletzungen der persönlichen Freiheit wie Mord und Totschlag.

Verstöße gegen diese Normen sind derart schwerwiegend für die Disziplin und die Schlagfertigkeit des Heeres und damit für die Existenz unseres Volkes, daß sie stets zu ahnden sind. Insoweit wäre auch ein Recht des Untergebenen zuzulassen erhaltene Befehle daraufhin zu prüfen. Diese Bestimmung wird allerdings nur auf dem Papiere stehen, da sich kaum je ein solcher Fall ereignen wird unter wesentlicher Beteiligung eines Befehls.

§ 47 hätte demnach zu lauten:

Wird durch die Ausführung eines Befehls, der dienstliche Angelegenheiten betrifft, ein Strafgesetz verletzt, so ist der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich, soferne nicht der Ausführende ein eigenes Interesse an der Ausführung der Tat besaß. Stellt sich die Handlung als eine in den ersten 3 Abschnitten des 2. Teiles des Militärstrafgesetzbuches verbotene Handlung dar oder wird durch die Handlung vorsätzlich ein Mensch getötet, so ist der Untergebene stets neben dem Befehlenden strafbar, wenn er wußte, daß die Ausführung der befohlenen Handlung ein Strafgesetz verletzen würde.

In leichteren Fällen kann das Gericht von einer Bestrafung des Untergebenen absehen.

## II. Der bindende rechtwidrige Befehl im Militärstrafrecht der Schweiz.

### § 5. Artikel 30 des Schweizer MStGB von 1859.

Die Schweizer Militärstrafgerichtsbarkeit hat bis vor wenigen Jahren, 1928, in ihren „berühmten" [85a]) Artikel 30 des MStGB von 1851 die Alleinverantwortlichkeit des „Vorgesetzten" bei bestimmten auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehlen festgestellt. Im Jahre 1928 wurde dieser Standpunkt aufgegeben, zugunsten einer der deutschen Militärstrafgerichtsbarkeit ähnelnden Stellungnahme.

85a) Vgl. Hafter, a.a.O.

Im Einzelnen gilt in der Schweiz folgendes:

## § 6. Der Befehl.

Befehl setzt voraus eine Befehlsgewalt. Wer kraft Rechtes Inhaber einer Befehlsgewalt ist, kann befehlen. Ein Befehl setzt außerdem einen Befohlenen voraus, eine Person, die zu dem Befehlenden in einem Untergeordnetenverhältnis steht, das rechtlicher Natur sein muß, also z. B. aus Verfassung oder Gesetz oder Vertrag herrühren muß. Somit ist ein Befehl:

ein Willensakt des Inhabers der Befehlsgewalt, der ein bestimmtes Verhalten auf Grund eines persönlichen rechtlichen Gewaltverhältnisses fordert.[86] In den militärischen Sprachgebrauch übertragen heißt das:

Militärischer Befehl ist jede dienstliche Anordnung eines militärischen Vorgesetzten (Inhaber der militärischen Befehlsgewalt), die dem Untergebenen (der dem militärischen Gewaltverhältnis Unterworfene) ein bestimmtes Verhalten gebietet.[87] Wie das deutsche Militärrecht kennt auch das Schweizer Militärrecht verschiedene Arten Befehle dienstlicher Natur:

Dienstliche Befehle (Art. 18 des Schweizer MStGB),[88] Befehle in Dienstsachen (Art. 61), Reglemente oder andere allgemeine Dienstvorschriften (Art. 72). Dienstliche Befehle sind hierbei Befehle, die in allgemeinen Verfügungen und Dienstvorschriften niedergelegt sind, die also mit den Reglementen mehr oder minder identisch sind. Sie geben ein für allemal eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten in einem bestimmten Falle, z. B. erhitzte Pferde nach dem Dienst abzureiben usw. Befehle in Dienstsachen dagegen stellen Befehle dar, die von Fall zu Fall an den Einzelnen oder die Truppe gerichtet werden, z. B. den Befehl zum Halten. Die Direktiven, die eine Belehrung oder Ermahnung der Untergebenen bezwecken, gehören naturgemäß schon nach dem Sprachgebrauch nicht zu den Befehlen. Zusammenfassend könnte man die drei aufgeführten Befehlsgattungen mit dem Gesamtausdruck: Dienstbefehl bezeichnen, was auch Eberle vorschlägt.[89] Die Form eines Befehls ist im allgemeinen an keine Vorschrift gebunden, es wird lediglich verlangt, daß er als solcher auch erkennbar ist. Das eidgenössische Militärkassationsgericht verlangt, „daß die Art und Weise der Bekanntgabe die Gewähr bietet, daß bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit jedermann, an den sich der

86) vgl. Eberle S. 13.
87) Hecker, zitiert bei Nanz S. 40.
88) Das Militärstrafgesetzbuch der Schweiz wird im folgenden kurz mit MStGBS bezeichnet. Soweit auf die MStGB anderer Staaten Bezug genommen wird, werden diese ausdrücklich gekennzeichnet.
89) vgl. Eberle S. 17.

Befehl richtet, ihn erkennen kann." [90]) Befehlsberechtigt ist regelmäßig nur ein Vorgesetzter. Vorgesetzter ist, wer ein Kommando führt. Das Dienstreglement sagt: Der im Grade oder Rang Höherstehende ist für jeden im Grade oder Rang Nachstehenden der Höhere; er ist aber der Vorgesetzte nur für solche, die seiner Befehlsgebung unterstellt sind.[91]) Wer im Einzelnen militärischer Vorgesetzter ist, ist im Militärorganisationsgesetz nach den Gradabstufungen bestimmt.[92]) Wer nicht Vorgesetzter ist, ist naturgemäß Untergebener.

Was die materielle Seite der Rechtmäßigkeit eines Befehls anbelangt, so ist auch im Schweizer Militärrecht der Unterschied zwischen Dienstbefehl und Privatbefehl getroffen, wonach der Vorgesetzte grundsätzlich nicht befugt ist, Befehle, die eine reine Privatsache betreffen, zu erlassen. Ueber das Verhalten des Untergebenen gegenüber solchen Befehlen gehen die Meinungen auseinander. Nanz und Nostitz verlangen die Ausführung des Befehls, nachher könnte sich der Untergebene bei der zuständigen Instanz beschweren.[93]) Im Gegensatz dazu steht Eberle, der ein Vorliegen der Gehorsamspflicht verneint.[94]) Sonach kann der militärische Befehl bestimmt werden als:

die Anordnung eines militärisch Befehlsberechtigten gegenüber einem Untergebenen in dienstlicher Angelegenheit.

Um zu dem Begriff des rechtswidrigen Befehls zu gelangen, müssen wir uns nun mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit in der Schweiz beschäftigen.

## § 7. Rechtswidrigkeit.

Rechtswidrig sind Verstöße gegen bindende Normen, Gesetze, wozu die Zurechenbarkeit des Ausführenden kommen muß. Nur die Rechtsnorm — eine Norm des Zivilrechts, des Strafrechts, des Staatsrechts, des Völkerrechts usw. — ist Quelle der Rechtswidrigkeit[95]). Die Erfüllung eines Delikttatbestandes ist daher rechtswidrig, vorausgesetzt, daß kein aus der Rechtsordnung sich ergebender Rechtfertigungsgrund Platz greift. Damit haben wir bereits die Rechtswidrigkeit des Privatbefehls erkannt, da dieser durch Artikel 66 MStGB verboten ist. Dadurch, daß das Gesetz ein menschliches Verhalten für strafbar erklärt, begründet es seine Strafrechtswidrigkeit[96]).

Die Rechtswidrigkeit des Befehls kann zweierlei Natur sein. Zum einen kann der Befehl formell rechtwidrig, zum andern materiell

90) Zeitschrift f. St. R. Bd. 31 S. 3.
91) Ziff. 8 Dienstreglement.
92) Ziff. 63 Militärorganisationsgesetz.
93) Nostitz S. 33.
94) S. 27.
95) Hafter S. 85/86.
96) Hafter Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts S. 87.

rechtswidrig sein. Die formelle Voraussetzung der Rechtmäßigkeit eines Befehls ist, wie wir oben schon gesehen haben, das Vorliegen der Befehlsgewalt. Wer ohne die Befehlsgewalt zu besitzen sich eine solche anmaßt wird bestraft[97]).

Die materielle Rechtswidrigkeit stellt sich als der rechtswidrige Inhalt des Befehles dar. Im Gegensatz zu Nanz und Rieter nimmt Eberle den Standpunkt ein, daß ein Dienstbefehl eine rechtswidrige Handlung zum Gegenstand haben kann, da sonst Art. 18 Militärstrafgesetzbuch, der vom dienstlichen Befehl spricht, auf dessen Veranlassung ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird, überflüssig sei.

## § 8. Bedeutung des rechtswidrigen Befehls für Vorgesetzten und Untergebenen.

Das Verhalten des Untergebenen gegenüber einem rechtswidrigen Befehle eines Vorgesetzten wird in erster Linie durch den Art. 18 des MStGB bestimmt, der besagt:

„Wird ein Verbrechen oder Vergehen auf dienstlichen Befehl begangen, so ist immer der Vorgesetzte oder der Höhere, der den Befehl erteilt hat, als Täter strafbar. Auch der Untergebene ist strafbar, wenn er sich bewußt war, daß er durch die Befolgung des Befehls an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt. Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern, oder von einer Bestrafung Umgang nehmen."

Hiernach sind lediglich Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht, nicht aber Uebertretungen. Daß rechtmäßige Befehle stets zu befolgen sind, ergibt sich aus der Natur der Sache von selbst. Daß die Ausführung rechtmäßiger Befehle rechtmäßig ist, ist ebenfalls eine Binsenwahrheit. Wie steht es jedoch mit der Rechtswidrigkeit für den Ausführenden bei Vorliegen eines rechtswidrigen Befehls?

Die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls ist nur dann für den Ausführenden rechtswidrig, wenn die Handlung — die der Untergebene auf Befehl begeht — den Tatbestand eines Strafgesetzes darstellt[98]). Ob das Erteilen des Befehls an sich bereits eine Straftat ist, ist für den Untergebenen ohne Belang.

Ueber die Bedeutung des rechtswidrigen Befehls für den Untergebenen bestehen in der Schweizer Literatur, die sich allerdings zum großen Teil auf deutsche Autoren stützt, wie in der deutschen Literatur zwei sich erheblich bekämpfende Richtungen. Die eine betrachtet den

97) Artikel 70 MStGBS.

98) Hier, wie bei den folgenden Ausführungen wird stets angenommen, daß sich der Untergebene bei der Ausführung des Befehls nicht bewußt war, an einem Verbrechen oder Vergehen mitzuwirken.

bindenden rechtswidrigen Befehl als Rechtfertigungsgrund, die andere sieht in ihm lediglich einen Schuldausschließungsgrund.

Die Hauptvertreter der ersten Richtung: Rieter, Nanz, v. Liszt, Wachenfeld und Hecker argumentieren folgendermaßen: eine straffe militärische Disziplin erfordert zwingend die Pflicht des unbedingten Gehorsams.[99])

Das Nichtbefolgen eines rechtswidrigen Befehls stellt daher einen größeren Nachteil dar, als die möglicherweise durch die Ausführung des Befehls eintretende Verletzung eines Rechtsgutes. Diese Rechtsgüterverletzung sei also im Vergleich zu der Schwächung der militärischen Disziplin das kleinere Uebel.[100]) Da die Nichtbefolgung eines rechtswidrigen Befehls unter Strafe gestellt sei, sei der rechtswidrige Befehl bindend und somit sei dem ausführenden Untergebenen Straffreiheit zuzusichern, während der Befehlende allein strafbar sei. Dieser Ansicht stehen M. E. Mayer, Kelsen, Feldmann, Hafter und Eberle gegenüber. Diese behaupten: nur der rechtmäßige Befehl kann verbindlich sein, während der rechtswidrige niemals eine Gehorsamspflicht auszulösen vermag[101]). Zielt der Befehl auf die Verübung eines Deliktes ab, das der Untergebene ausführt, so geht die Annahme, der Befehlsempfänger habe nicht rechtswidrig gehandelt, gegen alle Vernunft. Die objektive Rechtswidrigkeit besteht in jedem Fall[102]).

Hierdurch wird die Möglichkeit des bindenden rechtswidrigen Befehls rundweg abgestritten und damit die Rechtfertigung der auf rechtswidrigen Befehl vorgenommenen Handlung, da sie nicht in einer Verbindlichkeit des Befehls begründet sei. Hafter und Mayer erblicken im Irrtum den einzigen Schuldausschließungsgrund für den einen rechtswidrigen Befehl ausführenden Untergebenen. Hafter sagt:

Der Befehl des Vorgesetzten bedeutet, namentlich im militärischen Verhältnis, für den zum Gehorsam Verpflichteten einen Druck, dem die meisten Menschen schwer zu widerstehen vermögen. Man soll dabei nicht an eine Notlage oder etwas ähnliches denken, wohl aber daran, daß der an Gehorsam Gewöhnte, weil er unter einem gewissen Druck steht, sich oft über die Rechtmäßigkeit oder die Widerrechtlichkeit des Befohlenen gar keine Gedanken macht, oder aber, wenn er die Widerrechtlichkeit erkennt, trotzdem glaubt, an dem Befehl gebunden zu sein. Das weist zur Lehre zum Irrtum hinüber.[103]) Eberle sieht für den Untergebenen einen selbständigen Schuldausschließungsgrund, er nennt

99) Rieter S. 92.
100) Rieter S. 32.
101) vergl. M. E. Mayer S. ?.
102) Hafter a. a. O. S. 175.
103) Hafter S. 176.

ihn Schuldausschließungsgrund eigener Art. Wenn jemand rechtswidrig oder schuldhaft handelt, so muß der Staat, wenn er ein Rechtsstaat sein will, strafen, und wird dies auch tun. Scheinen ihm aber Gründe vorzuliegen, aus denen ihn die Bestrafung einer rechtswidrigen Tat nicht gerechtfertigt erscheint, so negiert er eben die Schuld.[104])

Ueber die Frage des Irrtums bei der Ausführung eines rechtswidrigen Befehls bestehen folgende Ansicht:

Der Untergebene kann sich in einem Irrtum zweifacher Art befinden, erstens über die Rechtmäßigkeit,

zweitens über die Verbindlichkeit des Befehls.

Im ersteren Falle hatte er die Widerrechtlichkeit des Befehls d. h. den deliktischen Charakter der anbefohlenen Handlung nicht erkannt. Somit sieht er seine Handlung als rechtmäßig an. Es kann ihn daher weder Schuld noch Strafe treffen. Im zweiten Falle war der Untergebene trotz der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit der befohlenen Handlung der Meinung, es liege ein bindender Befehl vor, dem er zu gehorchen verpflichtet sei. Er setzt somit die Gehorsamspflicht über die Rechtspflicht. In diesem Zusammenhange wird kein Unterschied über Rechts- und Tatirrtum gemacht, wozu Hafter ausführt: die Scheidung und die verschiedene Behandlung von Tatirrtum und Rechtsirrtum geht auf eine verständnislose Anknüpfung an den römischen Satz: „Error juris nocet" zurück. Er hat unendliches Unheil gestiftet und gilt trotzdem auch noch heute fast wie ein Dogma.[105]) Und weiter: alle Unterscheidungen zwischen Tat- und Rechtsirrtum sind haltlos.[106]) Der Richter darf in allen diesen Irrtumsfällen verschiedener Art, wenn der gute Glaube des Täters einwandfrei erwiesen ist, keinen Vorsatz annehmen.[107]) Der einen rechtswidrigen Dienstbefehl Ausführende bleibt somit straffrei, es sei denn, daß er sich nicht nur über die Rechtswidrigkeit des Befehls, sondern auch über dessen Unverbindlichkeit im Klaren war.

Wenn der Untergebene einen erteilten rechtswidrigen Befehl für bindend hält, ihn jedoch aus irgendeinem Grunde nicht ausführt, so ist nach verschiedenen Meinungen[108]) kein Fall des Ungehorsams gegeben. Ein Untergebener, der ohne Kenntnis der Rechtswidrigkeit eines Befehls diesen unbefolgt lasse, brauche seine Unfolgsamkeit nicht zu vertreten, da man einem unverbindlichen Befehl unter keinen Umständen Gehorsam schulde und die bloße Nichtbefolgung dieses Befehls daher auch nicht einmal eine Disziplinarstrafe auslösen könne.

104) Eberle a. a. O. S. 49, 50.
105) Hafter a. a. O. S. 182.
106) Hafter S. 183.
107) Hafter S. 184.
108) Nostitz S. 46, Rieter S. 18, Eberle S. 74.

Ueberdies ist auch bei Kenntnis des Untergebenen, daß ein erteilter, rechtswidriger Befehl unverbindlich sei, die Bestrafung des Untergebenen durchaus nicht selbstverständlich, da der Richter nach Gutdünken, neben einer milden Strafe, auch einen Freispruch verfügen kann, eine Tatsache, die s. Zt. bei der Beratung des MStGB im Bundesrat eine lebhafte Kontroverse auslöste. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß sich der Untergebene bewußt gewesen sein muß, seine Hand einem Verbrechen oder Vergehen zu leihen. Wir haben oben gesehen, daß bei gutem Glauben kein Vorsatz des Täters anzunehmen sei. Hafter sagt aber auch: ein als wesentlich erkannter Irrtum schließt die Zurechnung zum Vorsatz aus. Die Bestrafung des Täters ist aber zu erwägen, wenn ihm der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit gemacht werden muß, wenn der Irrtum auf seiner Fahrlässigkeit beruht. Geht der Irrtum des Täters auf Fahrlässigkeit zurück, so ist der Schluß gegeben, ihm auch den deliktischen Erfolg zur Fahrlässigkeit zuzurechen.[109])

Bei der Untersuchung eines gegeben Falles fahrlässigen Irrtums stößt man aber automatisch auf das Problem der Prüfungspflicht des Untergebenen in Bezug auf ihm erteilte Befehle. Aus der Möglichkeit eines fahrlässigen Irrtums über die Rechtmäßigkeit eines Befehles ergibt sich zwingend ein Schluß darauf, daß der Untergebene verpflichtet ist, einen erhaltenen Befehl auch inbezug auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen, eine Tatsache, die vom militärischen Standpunkt aus in der Schweiz als eine große Gefahr für die Disziplin angesehen wird.[110])

Eberle zitiert auch nach deutschem Empfinden sehr richtig die Worte des Bundesrates Häberlin: Der Soldat muß — und wenn ich von Soldaten spreche, verstehe ich darunter den General und den Füselier — vor klare Pflichten gestellt sein, er darf nicht im Moment der Entscheidung vor Probalitätserwägungen gestellt werden, ob er nun Hüst oder Hott gehen soll, sondern er muß wissen, daß es geradeaus geht, geradeaus führt ihn seine Pflicht. Die Rechtswidrigkeit eines Befehls muß ganz offen zutage liegen, sie darf nicht erst nach langem Suchen gefunden werden. Das Prüfungs**recht** spricht der überwiegende Teil der Schweizer Literatur dem Untergebenen zu, da ein Verbot des Prüfens rein logisch unmöglich sei.[111]) Wenn jedoch der Untergebene in Ausübung seines Prüfungsrechtes zu einem falschen Resultat kommt: z. B. einen rechtmäßigen Befehl für rechtswidrig hält und deshalb nicht ausführt, so trägt er die Verantwortung für den daraus entstehenden Schaden. „Wenn das Resultat deiner Prü-

109) Hafter, S. 181, 182.
110) Rieter S. 155, Gugger S. 29, Eberle S. 87 ff.
111) Eberle S. 95.

fung falsch ist, so hast du das zu verantworten, es hat dich ja niemand geheißen, zu prüfen." 112)

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der Ungehorsam gegenüber einem Befehle in Dienstsachen strafbar ist, eine Selbstverständlichkeit, daß aber eine Bestrafung nur dann eintreten kann, wenn der Ungehorsam vorsätzlich erfolgt ist. Diese Gehorsamspflicht findet dann ihr Ende, wenn dem Untergebenen bewußt ist, daß er durch seine Handlung an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt; sie setzt demnach positive Kenntnis voraus.

Was für eine Bedeutung hat die Erteilung eines rechtswidrigen Dienstbefehles für den Befehlenden?

Auf Seiten des Befehlenden liegt stets Rechtswidrigkeit vor, ganz gleich, ob der Befehende sich Befehlsgewalt angemaßt hat (formell rechtswidriger Befehl) oder ob er die bestehende Befehlsgewalt zu Privatbefehlen benützt hat, oder ob er durch das Befehlen einer strafbaren Handlung einen materiell rechtswidrigen Befehl gegeben hat. Das Erteilen eines rechtswidrigen Befehls ist für den Erteilenden regelmäßig strafbar, es sei denn, daß dem Befehlenden der rechtswidrige Befehl mangels Schuld nicht zugerechnet werden kann. Dies ist jedoch eine Frage des Tatbestandes.

### § 9. Zusammenfassung.

Im großen und ganzen gesehen hat sich durch das Militärstrafgesetzbuch vom 1. Januar 1928 gegenüber der Regelung im Militärstrafgesetzbuch von 1852 nicht viel geändert. Das einzige wesentliche Unterscheidungsmerkmal ist, daß der Untergebene jetzt nicht mehr verpflichtet ist, einen rechtswidrigen Befehl auszuführen. Es unterliegt der Willensbestimmung des Untergebenen, ob er ihn dennoch ausführen will. Nicht ausführen darf er ihn dann, wenn die Ausführung, das Resultat des Befehls, unter Strafe gestellt ist.113)

Nach Schweizer Ansicht hat die jetzige Regelung dem Recht, das durch den Willen des gesamten Volkes sanktioniert wurde, den Vorrang vor der Willkür des einzelnen Volksgenossen verschafft.114)

## III. Der bindende rechtswidrige Befehl im italienischen Militärstrafrecht

### § 10. Die Arten der Gesetzesübertretungen.

Das italienische Strafrecht kennt zwei Arten von Gesetzesübertretungen, nämlich

112) Eberle S. 96.
113) Eberle S. 35.
114) Eberle S. 43.

delitti = Verbrechen
contravvenzioni = Uebertretungen

Zwischen reato militare und trasgressione militare muß ein Unterschied gemacht werden. Beide bedeuten strafbare Handlungen. Während jedoch reato die strafbare Handlung schlechthin darstellt, die der Militärgerichtsbarkeit untersteht, stellt sich die trasgressione als eine strafbare Handlung dar, die durch das Reglement, durch die Disziplinarstrafgewalt, geahndet wird, also der Schwere nach mit unserer strafrechtlichen Uebertretung zu vergleichen ist.[115])

Ohne Vorliegen einer strafbaren Handlung kann keine Bestrafung erfolgen.

## § 11. Der Umfang der Militärstrafgerichtsbarkeit.

Welche Verletzungen von Gesetzen (violazione) fallen unter die Militärstrafgerichtsbarkeit? Hier ist zu erwähnen, daß sowohl in Friedens- wie in Kriegszeiten Taten, die von Personen begangen wurden, die der militärischen Behörde unterstehen, dann durch das allgemeine Strafgesetzbuch bestraft werden, wenn sie das Militärstrafgesetzbuch nicht vorsieht. Einige dieser Straftaten werden zu Kriegszeiten auch durch das Militärstrafgesetzbuch unter Strafe gestellt.[116]) In Friedenszeiten sind militärische strafbare Handlungen diejenigen, die in den Artikeln 71 bis 242 des MStGBl vorgesehen sind. In Kriegszeiten fügt dieser Kodex andere Straftaten hinzu (Mord, Schändung, Raub usw.), die in gewöhnlichen Zeiten nach dem oben Gesagten den allgemeinen Strafgesetzen unterworfen sind. Alle Soldaten ohne Unterschied des Ranges und Grades unterliegen der Militärstrafgerichtsbarkeit; sind jedoch von mehreren Teilnehmern an einer strafbaren Handlung die einen Soldaten und die anderen Nichtsoldaten, so ist das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten durchzuführen.[117]) Wer im einzelnen dem Militärstrafgesetzbuch untersteht, bestimmen die Artikel 423 und 424 des MStGBl. Diese besagen: die militärischen Strafbestimmungen wenden sich an bestimmte Kategorien von Personen, an militärische und militärähnliche Personen, soweit sie vermittels einer im einzelnen bestimmten Abhängigkeit vom militärischen Dienst entweder einer dauernden besonderen oder nebensächlichen Funktion der Heeresbehörde unterworfen sind. Die militärische Eigenschaft beginnt mit dem Augenblick des Eintritts in das Heer, dauert während eines zeitlich begrenzten Urlaubs an und erstreckt sich räumlich auch auf Ge-

115) Art. 2 cod. es., 271, cod. mar.
116) Celentano a. a. O. Prolegomeni (Vorwort).
117) vgl. Art. 2 des Gesetzes Messidor im Jahre IV der franz. Revolution; Art. 337 MStGBl.

genden, in denen das Militärstrafgesetz noch nicht verkündet ist. Soldaten und in einem soldatenähnlichen Verhältnis stehende (i loro assimilati), die zeitlich unbegrenzten Urlaub genießen (nach unseren Begriffen Reservisten), unterstehen von dem Augenblick wieder der Militärgerichtsbarkeit, in dem sie unter die Waffen einberufen werden.

Ueber die Bestrafung des Versuchs sagt Art. 31: strafbar ist jeder Versuch einer strafbaren Handlung, der mit Tätervorsatz unternommen wurde, wenn dieser entweder durch zufällige oder durch außerhalb des Willens des Täters liegende Umstände scheiterte, ohne den gewünschten Erfolg hervorzubringen. Eine militärische strafbare Handlung entsteht durch eine Verletzung des Militärstrafgesetzes.

## § 12. Bedeutung rechtswidriger Befehle für Vorgesetzte und Untergebene.

Die Gehorsamsverweigerung gegenüber Befehlen eines Vorgesetzten ist eine strafbare Handlung.[118]) Keinerlei Beschwerde befreit von Gehorsam und hebt auch nicht die Ausführung des Befehls auf. Wird eine Gehorsamsverweigerung begangen, so tritt eine Strafe mit Militärgefängnis nicht über 6 Monate ein. Liegen erschwerende Umstände vor, kann die Strafe bis auf 5 Jahre Heereszuchthaus erhöht werden.

Das italienische Militärstrafgesetz kennt keine Trennung von Privat- und Dienstbefehl. Der Soldat hat daher grundsätzlich jedem Befehl eines Vorgesetzten zu gehorchen.[119]) Auch im Italienischen Militärstrafrecht ist der Befehl abhängig von einer Befehlsgewalt, die sowohl formellrechtlich wie materiellrechtlich zulässig sein muß.

Der Untergebene ist verpflichtet einen erhaltenen Befehl unverzüglich achtungsvoll und unbedingt auszuführen. Ein Zögern zu Einwendungen wird nicht erlaubt, auch wenn sich der Soldat schwer oder ungerecht bestraft glaubt[120]). Eine Grenze der Gehorsamspflicht des Untergebenen liegt in der offensichtlichen Unrechtmäßigkeit des Befehls, in welchem Falle nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Nichtgehorchens vorliegt.[121]) Wann liegt Rechtswidrigkeit vor? Rechtswidrigkeit besteht in dem Begehen einer Tat, die ausdrücklich oder stillschweigend (implicitamente) von jeder juristischen Ordnung verboten ist.[122]). Hiernach ist Rechtswidrigkeit das Zuwiderhandeln gegen eine aufgestellte Norm. Die Unrechtmäßigkeit muß demnach offensichtlich sein, d. h. der Untergebene muß ohne weitere Prüfung das Unrechtmäßige der befohlenen Handlung sofort erkennen können. Prüft der Untergebene eine Handlung daraufhin und erkennt er keinerlei Rechtswidrigkeit, so handelt er bei der Ausführung in einem Irrtum über

118) Art. 112 MStGBI. 119) Manzini bei Cron, S. 78.
120) Ziffer 11 der Disziplinarstrafordnung.
121) Art. 37 des MStGBI bei Cron, Seite 78.
122) Manzini, Diritto penale, Seite 73.

die Rechtswidrigkeit. Da es sich um einen Tatsachenirrtum handelt, so wird ihm dieser zu seinen Gunsten angerechnet, womit er in der Regel straffrei bleibt. Dies bestimmt schon das bürgerliche Strafgesetzbuch. Kennt der Untergebene die Rechtswidrigkeit des Befehls, nimmt er jedoch die befohlene Handlung im Bewußtsein der Erfüllung einer Rechtspflicht, der Gehorsamspflicht, vor, so bleibt er nach § 59 des bürgerlichen Strafgesetzbuches straffrei.

Der Vorgesetzte, der einen rechtswidrigen Befehl erteilt, macht sich nach Art. 37 des MStGBI vom Jahre 1914 strafbar. Art. 37 besagt: Der Vorgesetzte, der einem Untergebenen die Ausführung einer strafbaren Handlung in Mißbrauch seines Amtes befiehlt, wird als Haupttäter dieser strafbaren Handlung betrachtet. Die Strafbarkeit setzt hiernach voraus, daß der Untergebene tatsächlich die befohlene Handlung ausgeführt hat. Bedient sich der Vorgesetzte der tätlichen Gewalt gegen einen Untergebenen, der sich weigert einen rechtswidrigen Befehl auszuführen, so wird er streng bestraft.

### § 13. Zusammenfassung.

Wir können zusammenfassen: Das italienische Militärstrafrecht macht keinen Unterschied zwischen dienstlichem und privatem Befehl. Grundsätzlich hat der Untergebene jedem Befehl zu gehorchen; wenn der Befehl offensichtlich rechtswidrig ist, so darf der Soldat nicht gehorchen. Gehorcht er dennoch, so macht er sich als Mittäter strafbar; vorausgesetzt, daß nicht ein Schuldausschließungsgrund Platz greift. Ein einzeln oder in Gesamtheit gegebener Befehl, der eine strafbare Handlung gegen die Sicherheit des Staates, einen Mord, Diebstahl, eine Verletzung zu Unwahrheit vor Gericht usw. bezweckt, kann keinen Gehorsam erzwingen, wie er für den Ausführenden auch keine rechtfertigende Kraft besitzt.[123]) Der Vorgesetzte macht sich in jedem Falle eines rechtswidrigen Befehls als Haupttäter strafbar. Versucht er die Durchführung des Befehls mit Gewalt zu erzwingen, so kann er wahlweise mit Heeresgefängnis oder Zuchthaus bestraft werden.[124]) Auch der Untergebene, der sich bei der Ausführung des Befehls der Gewalt bedient, wird mit einer schweren Strafe belegt[125]).

## IV. Der bindende rechtswidrige Befehl im tschechoslowakischen Militärstrafrecht.

### § 14. Arten der militärischen Straftaten.

Das tschechoslowakische Militärstrafgesetzbuch, im folgenden mit MStGBT bezeichnet, unterscheidet

123) Manzini, Diritto penale, S. 153.
124) Art. 168 MStGBI. 125) Art. 170.

1. Militärverbrechen und Militärvergehen, welche gegen die Militär-, Standes- oder Dienstpflicht verübt werden,
2. Verbrechen wider die Kriegsmacht des Staates,
3. Andere (gemeine) Verbrechen und Vergehen.[126])

Eine Trennung zwischen Militärverbrechen und -vergehen dahingehend, daß ein für alle Mal die Erfüllung des einen Tatbestandes als Verbrechen und die eines anderen als Vergehen gekennzeichnet wäre, kennt das tschechoslowakische Strafgesetzbuch nicht. Art. 142 sagt ganz allgemein:

Militärpersonen werden durch Verletzung einer Pflicht, die sie durch einen feierlichen auf die Kriegsartikel oder eigene Satzungen abgelegten Eid besondere Militärdienst- oder Standespflichten zu erfüllen zugesichert haben, nach Wichtigkeit der Pflicht und nach dem Grade der Schädlichkeit der Folgen eines Militärverbrechens oder eines Militärvergehens schuldig. Als Kennzeichen des Verbrechens gilt der böse Vorsatz. Böser Vorsatz liegt nicht nur dann vor, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, geradezu bedacht und beschlossen wurde, sondern auch dann, wenn aus einer anderen bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden ist, woraus das Uebel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich oder doch leicht erfolgen kann.[127]). Eine Ausnahme von der Regel, daß zu einem Verbrechen böser Vorsatz erfordert wird, bilden die Verletzungen der Militärdienst- oder Standespflichten.[128])

## § 15. Umfang der Militärstrafgerichtsbarkeit.

Nach § 33 des Wehrgesetzes der tschechoslowakischen Republik unterliegen die aktiven Militärpersonen der militärischen Strafgerichtsbarkeit und Disziplinargewalt, insoweit durch besondere Gesetze keine Ausnahmen festgesetzt sind. In bürgerlichen Angelegenheiten unterstehen die aktiven Militärpersonen den bürgerlichen Gesetzen und Behörden.

Aktive Militärperson wird der Tscheche mit dem Beginn der Dienstpflicht, dem Tage der Einreihung.[129]) Personen, die der ordentlichen Stellungspflicht noch nicht entsprochen haben, Assentierte [130]), die den Präsenzdienst oder die militärische Ausbildung noch nicht angetreten haben, sowie nichtaktive Militärpersonen unterstehen in bürgerlichen und Straf- und polizeilichen Angelegenheiten den bürgerlichen Gesetzen und Behörden, wenn durch das Wehrgesetz keine Ausnahmen festgesetzt sind.

126) Art. 2 des Kundmachungspatentes vom 15. 1. 1855.
127) § 1 MStGBT. 128) § 2 MStGBT.
129) § 14 Wehrgesetz. 130) Assentierte — durch Musterung Ausgehobene.

Der militärischen Strafgewalt unterstehen:

uneingereihte Assentierte und nichtaktive Militärpersonen [131]) in Bezug auf die Verletzung der Vorschriften über Meldung, Geheimhaltung militärischer Belange und Nichtbefolgung des Einberufungsbefehls. Im Einzelnen bestimmt die Militärstrafprozeßordnung, wegen welcher strafbaren Handlung nichtaktive Militärpersonen der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstehen.[132])

Als Verbrechen oder Vergehen dürfen nach Art. V des Kundmachungspatentes nur diejenigen Handlungen und Unterlassungen behandelt und bestraft werden, die in dem MStGBT ausdrücklich zum Verbrechen oder Vergehen erklärt werden.

Die räumliche Geltung des MStGBT erstreckt sich auch auf das Ausland, nämlich dann, wenn ein der tschechischen Militärstrafgerichtsbarkeit Unterworfener im Ausland eine Handlung begeht, die nach dem MStGB strafbar ist. Ist er bereits im Ausland deshalb bestraft worden, so wird diese Strafe in ihrer ganzen Höhe angerechnet. Ausländer, die im Auslande gegen die Tschechoslowakei das Verbrechen des Hochverrates begangen haben, werden nach dem MStGB bestraft, wenn sie später unter die Zuständigkeit des MStGB fallen oder in der Tschechoslowakei betroffen werden.

## § 16. Vorgesetzter und Untergebener.

Dem Vorgesetzten steht der Untergebene gegenüber. Kennzeichnend für den Vorgesetzten ist auch hier das Vorliegen einer Befehlsgewalt, wodurch er erst zum Vorgesetzten wird.

## § 17. Der rechtswidrige Befehl.

### a) Allgemeines.

Befehl bedeutet eine Weisung des Vorgesetzten, die den Dienst betrifft. Es ist nicht notwendig, daß der Untergebene sich in dem Zeitpunkt, in dem er den Befehl erhält, in wirklicher Dienstleistung befindet.[133]) Auch außerhalb wirklicher Dienstleistung, also während eines zeitlichen Urlaubs, ist er verpflichtet, dienstlichen Befehlen Folge zu leisten. Die Weigerung, einem dienstlichen Befehl nachzukommen, wird streng bestraft, u. U. insbesondere, wenn der Befehl einen Dienst gegen den Feind betroffen hat, oder aus der Nichtvollziehung ein großer Nachteil für den Dienst erwachsen ist, mit dem Tode durch Erschießen. Hat der Untergebene dadurch den Ungehorsam begangen, daß er einem die Handhabung der Zucht und Ordnung bezielenden, auch für andere verbindlichen Befehl des Vorgesetzten, jedoch ohne Ungestüm oder Widersetzung zuwidergehandelt hat, so hat er sich nach den §§ 269 c, 270, 30 nur wegen eines Vergehens wider die Zucht

131) Dies entspricht etwa unseren Militärbeamten.
132) § 34 Wehrgesetz. 133) § 147 MStGBT.

und Ordnung schuldig gemacht und kann mit Arrest bis zu 3 Monaten bestraft werden. Offiziere können u. U. entlassen werden. Auch die Tschechoslowakei kennt den rechtswidrigen Befehl. Rechtswidrigkeit ist nach tschechischem Recht ein sozialschädliches Verhalten. Um dieser Schädlichkeit willen mißbilligt die Rechtsordnung das Verhalten (Bewertungsnorm) und verbietet es (Verbietungsnorm). Zu der materiellen Rechtswidrigkeit als der Zuwiderhandlung gegen die von der Rechtsordnung anerkannten Wertmaßstäbe muß die formelle Rechtswidrigkeit als gesetzliche Erklärung der Rechtswidrigkeit treten.[134]) „Die Rechtswidrigkeit streitet wider die Rechtsordnung." [135]) Ein rechtswidriger Befehl ist somit ein Befehl, dessen Erteilung vom Gesetzgeber verboten ist, weil die Erfordernisse einer Weisung des Vorgesetzten, die auf den Dienst Bezug haben muß, nicht gewährleistet sind oder weil der Inhalt des Befehls einen von der Rechtsordnung nicht gebilligten Erfolg hervorrufen würde.

b) Der rechtswidrige Befehl für den Vorgesetzten und Untergebenen.

Der Untergebene kann die Ausführung eines Befehls verweigern, der nichts mit dem Dienste zu tun hat. Dieses Recht steht ihm auch zu, wenn ein nicht Zuständiger einen Befehl erteilt hat. Wird dem Untergebenen vollends eine Handlung oder Unterlassung befohlen, in welcher offenbar ein Verbrechen oder Vergehen zu erkennen ist, so steht ihm ebenfalls das Recht zu, den Gehorsam zu verweigern.[136]) Hieraus geht hervor, daß die Widerrechtlichkeit klar zutage getreten sein muß. Er bräuchte daher den Befehl nicht erst umständlich nachzuprüfen. Er wird jedoch gut daran tun, jeden Befehl auf seinen Inhalt und Zweck hin genau nachzuprüfen; denn der Befehl eines Vorgesetzten entschuldigt nicht von der Zurechnung eines Verbrechens oder Vergehens.[137])

Wir haben oben gesehen, daß der Untergebene verpflichtet ist (rechtmäßige) Befehle auszuführen und wir haben weiter festgestellt, daß ein Befehl dadurch rechtswidrig werden kann, daß er entweder ein Verbrechen oder Vergehen beabsichtigt, oder daß er sich nicht als Weisung eines Vorgesetzten darstellt, die eine Beziehung zum Dienst hat. In letzterem Punkte macht das MStGBT allerdings eine Einschränkung insoferne, als die Widersetzung gegenüber einem Befehl, der zwar keinen eigentlichen Militärdienst zum Gegenstand hat, aber doch eine zum Vorteile des Staates oder der Armee zu leistende Verrichtung bezweckt, zu der der Soldat durch ein erlerntes Handwerk oder durch eine ihm sonst eigene Geschicklichkeit geeignet ist, strafbar ist.

134) Weber, Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, S. 13.
135) Vorentwürfe 1926, Seite 22.
136) § 158 a, b MStGB. 137) § 8 MStGB.

Aus der Definition: eine sich auf den Dienst beziehende Weisung kann man darauf schließen, daß Privatbefehle grundsätzlich nicht erlaubt sind.

Die Strafbarkeit des Ausführenden kann auf Grund der Tatsache, daß er auf Befehl gehandelt hat, gemildert werden.[138] In der Praxis wird wohl der Fall das häufigste sein, daß der Untergebene sich keine Gedanken über die Widerrechtlichkeit eines Befehles machen wird, insbesondere darüber nicht, ob die beabsichtigte Handlung ein Verbrechen oder Vergehen herbeiführt oder herbeiführen kann. Er wird auf Grund des Gehorsams- und Disziplinverhältnisses den Befehl einfach ausführen. Es fragt sich, ob dem Untergebenen diese Unkenntnis nicht zugute zu rechnen ist. § 9 bestimmt, daß sich niemand mit der Unwissenheit der Bestimmungen des Gesetzes entschuldigen könne: Unkenntnis des Gesetzes schützt nicht vor Strafe. Es ist jedoch der Fall denkbar, daß der Ausführende in einem Irrtum handelt. Das tschechoslowakische Strafrecht kennt dreierlei Arten von Irrtum.

Irrtum über Tatsachen liegt vor, wenn der Täter sich Umstände vorgestellt hat, die in Wirklichkeit garnicht oder anders bestehen. Der Vorentwurf 1921 fordert Bestrafung des Täters nach dem, was er sich tatsächlich vorgestellt hat und gegebenenfalls Straffreilassung für den Fall, daß der Täter irrtümlich der Meinung war, es liege irgend ein Strafausschließungsgrund für ihn vor. Ist dieser Irrtum nicht zu entschuldigen, so ist der Untergebene wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen.[139]

Denselben Standpunkt nehmen auch der Vorentwurf 1926 und Weber ein.[140]

Dem strafrechtlichen Irrtum messen die Vorentwürfe 1921 und 1926 größere Bedeutung nur in Bezug auf Uebertretungen bei. Da das MStGBT sich nur mit Verbrechen und Vergehen beschäftigt, brauchen wir hierauf nicht weiter einzugehen. Bei dem außerstrafrechtlichen Irrtum handelt es sich nach tschechoslowakischer Ansicht um einen anderen Namen des strafrechtlichen Irrtums, da hierbei von Wichtigkeit ist, ob sich der Täter bewußt war, daß seine Handlung der Rechtsordnung allgemein widerspreche.[141] Die Unterscheidung ermöglicht jedoch die Berücksichtigung unvermeidbaren Irrtum.[142]

Somit ergibt sich: erkennt der Untergebene die befohlene Tat nicht als strafbar, so ist sein Handeln auf Grund der Gehorsamspflicht nicht strafbar. Erkennt er die befohlene Tat als auf ein Verbrechen oder Vergehen abzielend, glaubt jedoch auf Grund der Gehorsamspflicht zu der Ausführung verpflichtet zu sein, so handelt er zweifellos in dem Glauben, daß für ihn ein Strafausschließungsgrund vorliegt, da er die Handlung auf Grund einer Rechtspflicht, der Gehorsams-

138) § 144 c MStGBT.
139) S. 30/31. 140) Weber a.a.O. S. 25.
141) Vorentwurf 1926. 142) Weber a.a.O. S. 33.

pflicht vornimmt. Man dürfte eigentlich annehmen, daß das Gesetz diesen Irrtum für entschuldbar erklären würde. Das MStGBT schließt jedoch diese Möglichkeit aus, indem es sagt: Als Verbrechen kann eine Handlung oder Unterlassung nicht angerechnet werden, wenn ein solcher Irrtum mit unterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ. Für Vergehen schließt das MStGBT überhaupt jede Möglichkeit [143]) des Irrtums aus, da der Untergebene die Vergehen unbedingt zu kennen verpflichtet sei. Vergehen würden, soferne sie nicht schon vermöge ihrer gesetzlichen Begriffsbestimmung einen bösen Vorsatz erfordern, selbst dann als Vergehen bestraft, wenn weder eine böse Absicht dabei unterlaufen, noch Schaden oder Nachteil daraus erwachsen sei. [144])

In Anbetracht der Tatsache, daß das MStGBT nur 799 Paragraphen umfaßt, erscheint uns diese Bestimmung äußerst unbillig.

Der Vorgesetzte macht sich durch Erteilung des rechtswidrigen Befehls nach § 11 strafbar, wobei die Strafbarkeit auch bestehen bleibt, wenn Entschuldigungsgründe ein Verbrechen oder Vergehen für den Täter straffrei lassen. Außerdem verstößt der Vorgesetzte durch die Erteilung eines rechtswidrigen Befehls gegen die Militärdienstpflicht der Beobachtung von Zucht und Ordnung, [145]) die er gerade durch seinen Befehl untergraben hilft und gegen die Dienstvorschriften im allgemeinen [145]).

Einen Mißbrauch der Dienstgewalt kennt das MStGBT nicht. nach ihm liegt nur dann ein Mißbrauch oder eine Ueberschreitung der Dienstgewalt vor, wenn der Vorgesetzte im Dienst den Untergebenen mißhandelt oder beschimpft. Eigentümlich berührt, daß eine Bestrafung des Vorgesetzten dann nicht vorgesehen ist, wenn dieser zwar einen rechtswidrigen Befehl gegeben hat, der Untergebene diesen jedoch nicht ausgeführt hat. Der Vorgesetzte wird erst dann strafbar, wenn die Handlung des Untergebenen zu einem Erfolg geführt hat. Eine Bestrafung des Vorgesetzten wegen Mißbrauch der Dienstgewalt kann lediglich nach § 292 vorgenommen werden, wenn die dienstwidrige Handlung keinen erheblichen Nachteil im Gefolge hat. Hierfür ist eine Disziplinarstrafe vorgesehen.

## § 18. Zusammenfassung.

Der Untergebene muß grundsätzlich dem Befehle des Vorgesetzten nachkommen. Ungehorsam unterliegt einer strengen Strafe. Bei bestimmten Ausnahmen, insbesondere wenn weder formelle noch materielle Zuständigkeit des Befehlenden vorliegt, oder wenn der Befehl offenbar auf die Begehung eines Vergehens oder Verbrechens abzielt, wird dem Untergebenen die Nichtausführung des Befehls nicht

143) § 3 e MStGB. 144) § 4 MStGB. 145) § 143 MStGB.

als Ungehorsam angerechnet. Führt der Soldat jedoch den Befehl aus, so macht er sich strafbar, wobei ihm nur dann der Strafausschließungsgrund eines Irrtums zugesprochen wird, wenn er das Strafbare der Handlung nicht erkannte. Bei der Ausführung von Vergehen tritt dieser Strafausschließungsgrund nicht ein. Die Strafe des Untergebenen kann auf Grund der Tatsache, daß er auf Befehl gehandelt hat, gemildert werden.

Der Vorgesetzte macht sich regelmäßig nur dann strafbar, wenn der Untergebene das Verbrechen oder Vergehen auch ausgeführt hat. Hierbei wird der Vorgesetzte als Mittäter behandelt. Bei der Nichtausführung des Befehls durch den Untergebenen kann er disziplinarisch bestraft werden.

## Schlußwort.

Wenn die Regelung des Problems des bindenden rechtswidrigen Befehls, wie wir sie in verschiedenen Ländern festgestellt haben, bezüglich der Unterschiede vergleichen, so können wir kurz folgendes feststellen:

Deutschland bestraft den Untergebenen nur dann, wenn er positive Kenntnis von der befohlenen strafbaren Handlung besitzt und diese dennoch ausführt. Sonst bleibt er straffrei, unter Umständen auch schuldfrei. Der Vorgesetzte macht sich in jedem Falle der Erteilung eines rechtswidrigen Befehles strafbar.

Die Schweiz schließt sich diesem Standpunkt eng an, mit dem einen Unterschied, daß das Gericht auch dann von einer Bestrafung des Untergebenen absehen kann, wenn dieser die befohlene Handlung als strafbar erkannte.

Italien schafft keine Trennungslinie zwischen privaten und dienstlichen Befehlen. Beiden muß der Untergebene gehorchen. Die Ausführung von rechtswidrigen Befehlen ist verboten, wenn deren Rechtswidrigkeit offensichtlich ist. Der Vorgesetzte wird nur dann bestraft, wenn der Untergebene den Befehl ausgeführt hat.

In der Tschechoslowakei muß der Untergebene in jedem Falle den Befehl auf seine Rechtswidrigkeit hin prüfen. Ein Irrtum von Seiten des Untergebenen über die Erlaubtheit der Tat wird regelmäßig nicht zugelassen. Der Vorgesetzte ist in der Regel nur dann strafbar, wenn der Befehl ausgeführt wurde.

Deutschland kann somit den Ruhm für sich in Anspruch nehmen eine gerechtere Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und des Einzelnen angestrebt und vielleicht auch erreicht zu haben als die anderen betrachteten Länder. Dennoch kann uns auch die deutsche Lösung nicht restlos befriedigen.

Dem in Kürze zu erwartenden neuen deutschen Militärstrafgesetzbuch ist es vorbehalten, den Streit um den bindenden rechtswidrigen Befehl endgültig zum Abschluß zu bringen.